

# 競争秩序への多元的アプローチ（一）

——実定法学のクロスロード——

主催

「溶解する法システムの二一世紀的統合に向けた法戦略」  
行政・市場・生活の比較研究」プロジェクト

共催

北海道大学大学院法学研究科附属高等法政教育研究センター  
・法理論研究会・経済法研究会

目次

趣旨説明

報告一 「経済法と私法―契約違反誘致の競争法上の評価をめぐって―」

報告二 「法と市場の間」

コメント

〈討論〉

報告三 「競争秩序と民法」

報告四 「競争秩序の実現における私法の論理―交渉力濫用規制を素材として―」

報告五 「保護法益としての『競争秩序』」

コメント

〈討論〉

吉田 克己	曾野 裕夫	伊東 研祐	藤岡 康宏	潮見 佳男	和田 俊憲
森平 明彦	吉田 克己	伊東 研祐	藤岡 康宏	潮見 佳男	和田 俊憲
長谷川 晃	曾野 裕夫	伊東 研祐	藤岡 康宏	潮見 佳男	和田 俊憲
田村 善之	曾野 裕夫	伊東 研祐	藤岡 康宏	潮見 佳男	和田 俊憲

## 趣旨説明

吉田克己

以下に掲載するのは、二〇〇四年一〇月二日に北海道大学大学院法学研究科において開催されたシンポジウム「競争秩序への多元的アプローチ―実定法学のクロスロード」の報告と討論の記録である。このシンポジウムは、科学研究費に基づく共同研究プロジェクト「溶解する法システムの二世紀的統合に向けた法戦略―行政・市場・生活の比較研究―」（二〇〇二年度～二〇〇五年度科学研究費補助金基盤A（研究代表者・吉田克己））による研究の中間的な成果を示すことを目的として企画された。今回はその第一弾であり、二〇〇五年三月五日には、第二弾のシンポジウムとして「環境秩序への多元的アプローチ」が開催された。その記録も、本誌に掲載予定である。その他、二〇〇三年八月二八日には、愛知県豊橋市で民科法律部会民事法分科会との共催でシンポジウム「憲法と民法」を開催しており、その内容は法律時報七六巻二号五〇頁以下（二〇〇四年）に掲載されている。ご参照いただければ幸いである。

これらのテーマにも示されているように、本研究プロジェクトの現在の主要な関心事は、現代社会の公私融合領域において、公私協働のあり方を探ることである。今回は、競争秩序を取り上げている。この領域は、伝統的に経済法学の対象とされてきた。これに民法学あるいは民事法学がどのようにかかわることができるのか。近時は、このような関心

が高まっている。このテーマに関して少なくとも論文が公表されており、一九九八年には経済法学会において『競争秩序と民法』と題するシンポジウムも開催されている。今回の私たちのシンポジウムは、これらの動向を受けつつ、経済法学と民法学だけでなく刑事法学も含めて、競争秩序の維持・確保に向けての多面的なツールの相互関係を検討しようとするものである。問題深化への何らかの寄与ができていれば幸いである。

なお、本シンポジウムは、北海道大学大学院法学研究科附属高等法政教育研究センター、法理論研究会および経済法研究会との共催によって開催された。

## 経済法と私法

——契約違反誘致の競争法上の評価をめぐって——

森 平 明 彦

### 一 問題点の所在

早速始めさせていただきます。競争秩序を実質的意義の民法に組み込んで、民法の体系化を行うという試みが広く行われるようになってまいりました。その体系構想を促した市民社会論として、民法秩序とその外郭秩序である競争秩序を考える広中教授の所説が挙げられます（広中俊雄『民法綱要第一巻総論上』（創文社、一九八九年））。民法と独禁法の相関的研究におけるその市民社会論の特徴は、まず市民社会の存立に係わる根本秩序たる財貨の帰属秩序と財貨移転秩序を考える点にあります。

資本制経済についてこの見解は、財貨獲得の機会が競争に開放されている状態を正当なものとする社会意識を社会構成員に生じさせるとして、財貨の秩序に対して外郭秩序としての競争秩序を考えます。そこで競争秩序では財貨の帰属

秩序は問題とならないということで、所有権者たる地位のようなものについて語る余地はないといわれています。この点は本報告とは外れますけれども、最後に立ち戻って、競争秩序でも財貨の帰属というものは問題になり得るということとを付け加えさせていただきます。

一方この体系化の構想では、基盤確保的禁止事項といひまして、競争者を脅迫しての取引断念、それから虚偽の悪評の流布、価格や品質などの競争によつては勝利を収めがたい弱小事業者によつて、散発的に行われる行為を禁ずるといふ事項が挙げられます。それとともに独占力の問題を扱う競争促進的な禁止事項が挙げられています。本報告ではこの外郭秩序たる競争秩序における基盤確保的禁止事項というものに関して、私見でございますけれども、基盤確保的禁止事項が独禁法と内在的な関連性を有して連結性を有するというように捉えるアプローチについて論じてみたいと思います。

従つて問題点の所在という点で考えますと二点、競争秩序では財貨の帰属というものは問題とならないということに對して、やはりそれは競争秩序でも財貨の帰属というものは問題になるのではないかという付属的論点が挙げられます。それから中心となりますのは、基盤確保的禁止事項を独禁法秩序と密接に関連づけるアプローチが妥当かどうかということ論じてみたいと思います。

そこで、資料の市民社会論は民法学者がそれぞれに提示をしたものでございますけれども（吉田克己教授の現代市民社会論や星野英一教授の所説をさす）、それに対して経済法の学者が対応しております。一方の立場としまして、民法の秩序と独占禁止法秩序が相互に密接な内在的関連性を有し、連続性を有するということを重視する立場があります（根岸哲「民法と独占禁止法（上）（下）」法曹時報四六卷一号、二号（一九九四年））。そして基盤確保的禁止事項につきこの立場にあつては、一般指定の欺瞞的顧客誘引、不当利益による顧客誘引、それから一五項の取引妨害、さらに一

四項の優越的地位の濫用に至るまで、これら規定は民法秩序と独禁法秩序が相互に密接な内在的関連性と連続性を有することの現れであると捉えております。行為の広がりや要件としないという違法性判断基準も、この連続性の視点からくるものではないかと思えます。

これに対しては民事法的な規律と独禁法の行政法的な規律では、規制対象の質的差異があるという認識に留意しながら、それぞれの行為の性格、市場への影響などを考慮すべきという説がございます（厚谷襄児「競争秩序と民法をめぐる諸問題」経済法学会年報一九九〇（一九九八年））。始めに述べました弱小事業者による散発的な行為が、この禁止事項では問題となっているのかというと、そうではない。むしろ広く一般消費者の利益を害する蓋然性の高い、競争阻害的な行為がここでは問題となっているのだということです。やはりこの場合でも、競争促進的な禁止事項と同様に、公的な市場機能が不随になったという認識を重視しなければいけないというわけです。

さらにこちらの説では独占禁止法の行政的規律と、民法ないし不正競争防止法の個人申し立てによる規律とでは、規定手続き、禁止法の効力が違うということで、両規律の規定対象には質的相違があり、質的な差異があるという点を強調いたします。それから違法性の判断において、それぞれの行為の性格、市場への影響などにつき考慮すべきとします。この立場は基盤確保的禁止事項について民法法固有の対象とは異なるということで、違反要件を差異化して明確化を企図するという方向性にポイントがあるかと思えます。

これに対しまして民法学者はさらに応答をしております、「私法の特異化」といわれるようなアプローチも森田修教授から提示されております（森田修「独禁法違反行為の私法上の効力論」試論—経済法学会年報一九九〇（一九九八年））。この立場は取引外的不正というものが独禁法では問題となっており、それは取引行為に内在的な事情ではなく、経済法領域で独禁法が扱っているものは、市場の中に歴史的に形成されてきた客観的条件というようなもので、取

引内容自体とは無関係であり当事者とは直接の関係もないということ強調されます。取引外在的な不正ということでもございます。

この「私法の特異化」の立場については、後述の事例と密接に関連しますが、こういう取引外在的な要素がすべて当事者間における交渉力、それから情報、判断能力、そういうものの一定の範囲内での均衡というものが保たれていて初めて生きてくるのであって、そういうものが保たれて意思自律の原理が妥当するということになります。そうしますとこういう均衡が失われた場合には、民法法のいう意思自律の原理というものは機能上の前提を欠くから、この原理を根拠として契約が生じたものと捉えるべきではない、というように推論を進めます。

従って、この「私法の特異化」の立場は自由な意思による自己拘束という意思自律の原理の実質を問題化するアプローチであるといえます。この立場にあつては、古典的な意思自律の原理というものについて、人は自由な意思の主体であるから、交渉の判断もできて合意がなされたということで拘束力を認めるという推論を導いたわけですけれども、これが現在では維持されないのであって、実質的に見て自由な意思決定によって合意をしたといえる程度に、交渉力と判断力の均衡がなければ契約は拘束力を持たないというふうには、結論づけるわけです。

ここで本項のテーマにかかわってくる点かと思いますが、このアプローチでは結局私法というものは伝統的な特徴としての普遍性ある一元的秩序をもちや構想し得ないという段階にあるのであって、レジユメにあるような私法の特異化といわれる現象が錯綜して、公法と私法の秩序の異質性に留意しつつ双方のインターフェースを考えて相互依存関係もとらえなければいけないというような、積極的なアプローチを取るわけです。

民法学におきましてはこのような私法の特異化のアプローチだけではなく、むしろ大局的に伝統的な私的自治論、あるいは今述べた、個人意思自律の原則というものの再生を目指すアプローチも存しますが、両方をここで対比して論じ、

その歴史認識や学説史的な認識の正当性を検討するという能力はございません。従いまして、ここで視点を変えまして若干の事例を取り上げ、民法と独占禁止法の協働と相互連関という問題について、基盤確保的禁止事項に焦点を絞り、契約法における個人意思の自律の原則というものが独禁法上現在どのような意味を持つかということについて私見を論じてみたいと存じます（参照、拙稿「経済法と私法」日本経済法学会編『経済法講座1巻』（三省堂、二〇〇二年））。

## 二 条件付取引違反誘致の契約侵害に係わる一類型を題材として

そこで、次のような事例を考えてみたいと思います。旧訪問販売法におきましてクーリングオフの権利（解除権行使）を不当に行使させるということで、契約違反誘致の違法性が争われた名古屋地裁の判例があります（名古屋地判昭和五五年一月二二日判時一〇一四号九二頁）。高価本の訪問販売にあたりこれを解約させて割引の利益を与えたいと自社と購入させたという事例につき、判決はクーリングオフ制度の趣旨というものは、購入意思が不確定なまま契約を締結した場合に求められるということで、取引誘引ないし交渉過程における値引きと、契約締結後の条件付きの取引違反誘致の場合を区別しております。

そして本件は業者の競合による正常な商慣習に基づく値引きとは異なつて、信義則違反にあたるとして債権侵害の不法行為の成立を認めた事案です。本件では同じく契約違反誘致が問題となつた公取委の審決である東京重機械の審決（審決集一一集四二頁）等と異なり、相当数の契約違反誘致があつたというようなことは問題となつていません。行為の広がりというようなものは問題となつていないということです。

このような不正行為について、同一の書籍を購入する意思はなくしてはいないということで、業者の競合に該当する場合とは異なるとして、債権侵害を認めたという判例です。これに対し批判として、価格情報に乏しい一般消費者がよ

り安い販売業者を見つけたらば、クーリングオフを妨げる条件は存しない。契約違反誘致だけを融通して債権侵害を認めるのは、独禁法の自殺行為になるというような立場から、特に買手の消費者保護の観点からすると批判があり得ましよう（第一説（白石忠志）「独禁法一般指定一五項の守備範囲(1)〜(3)完」NB L五八五号〜五八七号（一九九六年））。

しかし第二説として、契約違反誘致の競争手段としての不公正さを問題にする立場（根岸・前掲）からは、かかる行為が自由競争の範囲外であるとして、債権侵害に係わる私法秩序に競争秩序の観点を読み込むということになるでしょう。さらにこれに関連する中間的な立場として、債権侵害固有の立場と契約解消誘引の問題を区別して、また消費者保護の配慮も加えながら行為者の害意、誘引の規模、頻度、条件の出し方というような加重要件を考えて考慮するという第三の立場もあり得るでしょう（吉田邦彦「不正な競争に関する一管見」ジュリスト一〇八八号（一九九六年）、同「債権侵害論再考」（有斐閣、一九九一年））。

### 三 契約違反誘致と「基盤確保的禁止事項」との関係の捉え方

これは契約違反誘致の信義則違反に係わる民法問題ですけれども、ここでははじめに第一説と第二説を対照させる形で、問題点を浮かび上げさせるために整理・検討して、次に契約違反誘致というものと基盤確保的禁止事項というものの捉え方が、第一説、第二説ではどのような関係になっているのかを見てみたいと思います。

判旨に賛成する第二説の方から見ますと、この基盤確保的禁止事項に当たる行為というのは不公正な競争手段であるため、不公正な取引方法として禁止される行為に対応しています。すなわち先ほど述べたような一般指定の行為がそれに当たるということで、こういう行為というのは著しく不公正な取引から当事者を保護ないし解放するとして、独禁法制定以前から民法の重要な課題であったと考えます。例えば民法の無能力者保護の規定をこれに含ませておりま

す（根岸哲教授）。

他方、上記第一説の方向というものに沿って考えられるのではないかと、私が捉えておるのでありますけれども、そういう立場からは基盤的確保禁止事項と契約誘引というものは、次のように考えられると思います（厚谷襄児教授）。

その基盤的確保禁止事項が独禁法の規律の対象となつたというのは、一般消費者の利益を害する蓋然性の高い競争阻害的行為を規律対象としたからであつて、この点は先述した弱小事業者による散発的な行為が問題となつていゝ。公共的な市場機能というものが問題となつて初めて、基盤確保的禁止事項というものが問題となるので、本件の事例というものはこれに当たらないということになるであります。その点から先ほどの第一説に沿う形になつて消費者保護という要請が出てくるのではないかと思われまゝす。（すなわち、その禁止事項は民法法規律の固有の対象であり、独禁法の固有の規制対象とは異質である点を強調したうえで、各法領域での違法要件の差異化によつた明確化を企図するものと考えられる。厚谷・前掲。）

#### 四 「基盤確保的禁止事項」に係わる歴史的認識の相違と民事的／行政的両規律の差異化をめぐる問題

このように整理して、次に若干視点を換え、私なりにこの問題を、競争法と私法の關係に係わつて歴史認識をどう捉えるかという次元の問題と民事的行政的な両規律の差異というものの独禁法上どう捉えたらいいのかという論点に関して、最近の研究の成果を通じ若干検討してみたいと思います。

そこで先ず市場機能の不全というものが問題となつて初めて、独禁法にいう基盤確保的禁止事項というものが出てきたという歴史認識につき、最近の研究として現代的な独占行為ないし不当な取引制限のカルテルと、初期独占ないしギルド的な拘束の歴史的相違を踏まえて、以下のようなコモンロー研究が表われていることが重要だと思ひます（川濱昇

「取引の自由と契約の自由―営業の自由論争再訪―」田中成明『現代法の展望 自己決定の諸相』（有斐閣、二〇〇四年）。

そのコモンロー研究は、反トラスト法制定以前のコモンローにおける私法の在り方について、コモンローにおける権原の配分状態というのは、制定法による介入前の現状ということですから、それをベースラインとして尊重すべき思考様式というものが存在したというふうに分分析の結果を明らかにします。ですからコモンローにおける権原配分状態というのは、これをベースラインとして尊重すべき思考様式に対して、現代的な独占あるいは不当な取引制限といいますが、そういうものが登場する段階では次のような法的規制のあり方が問題になったという捉え方をします。

すなわち現代的な独占の例としてアメリカのスタンダード・オイル・トラストの判例を挙げて、ここではベースラインを實質的に変更して権原の配分を変えたのだが、その変更はコモンローの合理の原則に包摂する形で行なわれたという点に注目します。そして実際には権原配分状態を変更したのだけでも、その変更を隠蔽するというようなレトリックで、契約の自由と折り合いを付けたということが、ここで歴史的な研究の成果として明らかにされております。

この立場からは反独占法理確立以前の一四一〇年代のコモンローの判決で、スクールマスター事件というような例が挙げられていますが、そういう競争禁止義務ないし取引制限の法理というものが関係した問題についても、競争法の開設によって授業料が減るといふ私学の競争問題について、こういうコモンローの時代から、競争秩序というようなものが問題となっていたという指摘がされております。

さらにシャーマン法のカルテル規制についてこの立場は、カルテル契約を締結し国家的強制の担保を通じて安んじて独占利潤を獲得するというのは、そういうことを権利とするのか、それともカルテルによって利益を侵害されることに反価値性を見いだすのかということ、前者の場合を自然な状態ということはできないはずであるから、結局ここでは

コモンローの法理を用いてそれまでの権原の配分状態、制定法介入前の現状というものを変えることを行つたけれども、法理としてはコモンローの法理を用いたことで変更を意識させずに、競争擁護の精神は継続させ実質的な変更を達成したと述べられています。

結論的にこの立場は私法秩序というものは、公序 $\parallel$ 競争秩序の観点から絶えず見直しが行われてきたのであって、競争的な市場経済の下ではその競争法上の趣旨に適った取引秩序を構築するという重要課題に対して、先ほど思考様式と述べましたが、それを變えていく構想力、考える力の委縮をもたらしてはならないというふうに競争法上の課題を明らかにします。すなわち、従来のベースラインに係わる思考様式、これを打ち破つていく構想力を發揮させなければいけないというわけです。

さらに経済法学の立場から評価して、私法秩序を公序 $\parallel$ 競争秩序の観点から見直しする課題を積極的に捉えるものとして、上記コモンロー研究と方向性を同じくすると考えられる古典的な私的自治論というものがありません（原島重義教授、児玉寛教授）。例えばこの立場は市民法の成立当初から意思表示法というものは、その各層において幾重にもわたつて意思自律の条件整備を求められてきたとして、民法と競争法の連続性と協働性を要請するアプローチであると評価できます。かかる学説史的な認識が相当以前からなされてきたことも確認したいと思います。

## 五 契約違反誘致に対する競争法的公序の観点からする評価

以上述べましたように独禁法の規律が公共的な市場機能の不随になつた段階で出てきているという認識は、こういうコモンロー研究や古典的私的自治論のアプローチにおいても踏まえられていると思います。その上で、公序 $\parallel$ 競争秩序の具体化として上記コモンローの展開や独禁法の登場といった史的展開を連続的に捉える特徴があると思います。

それに対して、先に述べた第一説に従う方向では、公共的な市場機能が不全になった時点で、独禁法による制定法を通じた規律が問題になったという現代的な独占と初期独占やギルド的拘束に伴う競争制限との質的な差異を重視する特徴があると思います。

以上の歴史認識や学説史認識とは別に、こういう基盤的な確保禁止事項を独禁法により規律するのは、不正競争防止法や民法によつて国家に助力を求めるといふこととは違ふといふ第一説からの批判があります。つまり、規制権力の所在の差異ではなく権力の性格が異なるものだといふことで、公取委の排除措置と私人による申し立てといふものの相違を重視しなさいといふことが、批判の基礎になっています。そこでこの救済措置の法的性格をめぐる論争に本格的に入ることではできませんので、若干上で述べた契約違反誘致の事例に則して民法と独禁法の協働に係わる問題を考えてみたいと思います。

本事例というのはまず第一に競争と倫理の融合的理解といひますか、そういう競争概念に係わる理解が問題になる事例だと思ひます。それから市民法の思想における私的自治の倫理性といふ理解が、史的認識から引き出される問題として無視できない場合であろうと考えます。基本的にはこういう視点から、契約の拘束力の承認といふ問題が起こるといふふうに理解します（吉田・前掲ジュリスト一〇八八号、同『債権侵害論再考』、村上淳一『ドイツ市民法史』（東京大学出版会、一九八五年））。これが基本的な私のスタンスでございます。

しかし、それ以外に理由づけといたしましては、次のような問題があるかと思ひます。個人意思自律といふものを現代的な視点から考えてみますと、次のような指摘がされようかと思ひます。すなわち、契約当事者の自律といふものは、外的な要因として選択肢が確保されているという環境が重要であるが、それだけではなく、内的な側面もあるのではないかといふことです。そして最近の研究は個人意思自律につきまして、自らの行動の方向付けを何に求めているか

という視点での消費者の自意識が高まっている状態を問題にしております（山田八千子「市場における自律性」井上嶋津Ⅱ松浦『法の臨界3法実践への提言』（東京大学出版会、一九九九年））。

言い換えますと、自己責任それから試行錯誤のプロセスというものを、市場経済の基本的な在り方と捉える立場から次のような帰結を導きます。一般的に、人というものは他人の失敗よりも自分の失敗からより多く学ぶということがあります。そもそも市場経済といえますのは今申しましたように、試行錯誤のプロセスの中で形成されていく特性を有している。従いましてこの立場は、深刻な結果にならない程度の損害の負担、やり直しが利くような損害の負担というのは、むしろ自律性を高めることにとって有益である、としてそのいわば教育的効果を考えるわけです。一概に、これがすべて当てはまるというわけではないですが、深刻な結果にならない損害について、契約当事者の自律という観点から個別消費者の試行錯誤のプロセスとして捉えるべきだという場合もあるだろうという指摘がされております。先ほど述べました競争と倫理との融合的な理解、あるいは私的自治の倫理性という理解、そしてただいまの試行錯誤のプロセスとしての消費者の自律性というものを総合的に考えてみますと、本件は結局以下のように契約の拘束力が認められて独禁法上、契約違反誘致の行為が違法とされる事案ではないかと考えます。

つまり具体的には、先ほど判例で述べましたように、本件の消費者は高価本を買うこと自体というものは意思として変わっておらないわけであります。従いまして時間を前後して到来した訪問販売員に対して、安い買い物ができなかったということが損害になろうかと思えます。この点をどう捉えるかは必ずしも簡単ではございませんけれども、私は基本的に深刻な結果にならない程度の損害、やり直しが利くようなものであると考えています。むしろこの結果は、この立場がいう消費者法の教育的なプロセスといえますか、そういうものが妥当する問題ではないかと思うわけです。

私は以上のように考えますけれども上記の第一説のような立場では、契約の拘束力の承認を肯定することはできない

という判断になるかと思えます。それは取引外在的な要素というのが当事者間における交渉力、情報の質と量そして判断能力の一定の範囲内での均衡という問題を実質的に顕在化しているという認識から、判例の立場はその認識を欠くということで、消費者保護のために解除権の行使を認めるという要請によつて、後から訪問した販売員の行為に違法はないという結論が導かれるのではないかと思えます。

判決については以上でございますけれども、以上のようにクーリングオフを介しました契約違反誘致の違法性を明確にすることで、消費者たる買手に契約順守の義務づけを課して、個人意思自律の現代的要請に応えるという結果が可能になるかと私は考えています。同じく民法の意思表示法についてその重層構造の一つに独禁法が積極的に働き掛け、民法と独禁法の内在的関連性と連結性を保つという試みにつながるものであるかと思えます。

こういう結論は競争法秩序が常に私法秩序に働き掛けるべきだとの要請からもたらされたものですけれども、契約違反誘致者たる業者に対して、そういう契約違反の手法を介した契約の自由の行使というものについて、独禁法が見直しを図ったということを意味するものであります。それは現代における自由競争の契機というものを、過度に神聖視する取引倫理というものを問題にする作業を通じて、先行業者の権原と後行業者の権原の配分に係わる見直しがされたというようにも考えられないでしょうか。既存の私法秩序における権原配分というものをベースラインと見る思考様式に対して、つまり先ほどの歴史認識の研究の言葉を借りますならば、既存の私法秩序をベースラインと見る思考様式あるいは傾向というものを批判するアプローチに、判決をこのように捉えることによつて、即した結論になるのではないかというふうに考えるわけです。

本報告は以上で終わりにさせていただきますと思うわけですが、はじめに触れました外郭秩序である競争秩序でも財貨の帰属は問題になるといふ論点につき言及することができなくなりました。この点につきましては、権利主体に対す

る財貨の帰属として捉えられる知的財産権行使に関する「権利行使の範囲」という独禁法問題について、競争法秩序における違法性判断でも、あるべき競争秩序の構築という課題から、排他性に係わる知的財産権法上の評価が加えられ、また市場の競争制限の評価もされるという二段階テストの私見を述べるなかで、財貨の帰属に関する検討が競争法政策の重要課題であることを明らかにした拙稿（「単独のライセンス拒否と独占力の拡張——知的財産権と反トラストの交錯領域——」〔1・2完〕高千穂論叢三九卷一号二二頁、二号一三頁（二〇〇四年））を参照していただきたいと存じます。

どうもありがとうございました。（拍手）

## 法と市場の間

長谷川 晃

## 一 はじめに——問題関心

ご紹介いただきました長谷川です。「法と市場の間」と題する今回の報告は基本的には厚谷襄児先生の古稀記念論集に寄稿させていただくということで、法学の見地から見た市場の在り方、あるいは経済法の在り方というものを中心に書いた論文をもとにしています。そういう意味では経済法の話であるために、経済法と私法との関わりということまで深く立ち入るものでは必ずしもないのですけれども、この点については後で少し言及したいと思います。

基本的な視角は法学の角度から見ているということで、実定法学とまた違う角度であります。実のところ法哲学的な議論と実定法学的な議論との関係というものをどう考えるかということ自体も込み入った問題があつて、この間いろいろ先生方から学んでいるところです。私自身はまだ必ずしもそのあたりがはつきりしていないところもありますので、今日はそういう意味でも勉強させていただきたいと思っております。

そこでレジュメに則して話に入りたいと思います。「はじめに」ということで、先の論文では何をやるうとしたのかということを中心に申し上げ、論文の位置づけを図っておきたいと思えます。大きくいうと三つあります。一つは法と法理論との相互関係ということですが、ここで法といっているのは法律、判例、一般的な社会通念、あるいはさらに政治道徳なども含んで、およそ法となりうる素材を考えております。その一方で法理論というのは、法哲学的な見地から若干抽象度の高い法の輪郭を定める理論として考えていますが、それらの間にはどういう関係があるのかという問題があります。私自身はここにはかなり相互関係があると思っております。一定の素材が法的素材たりうるのは法理論によってそれがつかまえられることによるのであって、そういう意味では法理論というものは法的素材を構成すると同時に、また法的素材というものが法理論によって構成されている、そういうある種の循環関係を持つているだろうとずっと思っているわけです。そういう意味で法というものをどう捉えるかということとは、法理論をどのように構想するかということと組みになるという認識があるわけです。そのことを経済法の領域で考えてみるとどういうことになるのかということが、ここでの一つの問題関心であったのです。

もう一つは、仮にそういうことを前提した上で今度は法の世界の中で、これはもちろん法理論を使つてつかまえられることになるわけですが、その中で第一次的な制度もしくは第一次的な法と呼べるものと、第二次的な制度もしくは第二次的な法と呼べるものが分化するのであって、それはどうもそれら自体がまた相互作用を起こすというふうに見える余地があると思われるということです。このことを特に市場もしくは経済法の領域で考えてみたいと思うわけです。この場合、第一次制度と呼んでいるのは一応社会に自生的に生成してくる制度のことです。ここには様々な要因があります。基本的に市場メカニズムというものが少なくとも一定の条件下で自生的に生成するという場合のことを考えています。第二次制度という場合には、そういった市場に対して改めて経済法あるいは私法といった角度から、す

でに出来上がりつつある市場メカニズムをどう規制するかという観点から立てられてくるものであると考えておりまして、それらの間にどういう相互関係があるのかということが問題になります。換言すれば、これは法と市場の相互関係という問題です。

最後の関心としましては、実のところ先ほど申し上げましたが、実定法と法哲学というものがそれぞれ角度を異にしながら競争秩序というものを考えてゆく場合に、そこにいったいどういふ相互連関がありうるのかということがメタ・レベルの問題として一つあると思うのです。それは法哲学の側からいいますと、そもそも法の在り方というものをいかにとらえてゆくのかということとして、私自身はそれを八法の構造化Vの問題と呼んでいるのですけれども、例えば公法と私法があるといったような分け方であるとか、あるいは経済法と私法というものがあるといった分け方など、それ自体がいったい法というものを捉えるうえでどういふ意味を持つのかということです。また、現代的な問題との関わりで言いますと、経済法と私法との間にどういふ共同関係あるいは融合関係があるのかを見ていくといったこと自体も一つの法のとらえ方、あるいは八法の構造化Vの問題ですので、そういったとらえ方がいったいどのような法理論的な根拠によって可能になっているのかということも、面白い問題だろうと思うわけです。

ともあれ今述べてきましたことは法哲学的な問題関心でありまして、それは法哲学におけるいわゆる法概念論の領域からする問題関心なのですけれども、一応それを下敷きにしながら法と市場との関係についてももう少し立ち入った形で考えてみたいと思います。

そこで以下では、「法と市場の間」と題しました論文の原稿をいかつまんで読んでいくという形で報告を進めたいと思います。

## 二 無政府資本主義からの示唆

独占禁止法を中心とする経済法の体系は市場経済の統御を目的としています。このことはある面では陳腐なまでの事実ですけれども、しかしこのこと自体はすでに法と市場の在り方に関わる根本問題を含んでいるものです。そもそもなぜ市場経済は法的に統御されなければならないのでしょうか。もし市場経済に法的統御の必要がないのであれば、経済法の体系あるいは経済法学というものは無用の長物ということになり、場合によっては市場の阻害要因とさえなるかもしれません。

このことはとりわけ無政府資本主義の見方からすれば明快かと思われます。つまり市場経済には各アクターを通じて一定の倫理と徳がビルトインされていて、需要と供給のメカニズムの中で経済的に問題がある行動であつても、一定のタイム・スパンの中で排除される、そういう自生性を市場というものは持つものであつて、従つて政府やその他の組織が介入することはかえつて自主的な秩序を妨げるとも考えられます。しかも市場では政府のような組織的非効率に見舞われやすい集団が忌避されて、利潤と効率性の追求に適合する組織やその活動が保持されていくことで、結局市場の中で自生的な淘汰が起こり、自由な活動の集積として社会秩序が発展、自生的に発展することができるといふのが無政府資本主義の見方であるわけです。

そうであるとする、市場では法あるいは法学というものはそもそももいらないと理論的には考えることになるでしょう。完結した市場経済の世界が可能ならば、そこでは少なくとも法律は無縁のものです。それが人為的な強制を伴つた規範的な統御である限り、そこには非市場的な権力機構が不可避的に必要になり、また法律の執行可能性を担保するためのモニタリングや権力行使などに関して不要なコストが発生することにもなつて、そういった非効率性がかえつて問題であるということになるわけです。そうすると経済法学であるとか、あるいは経済法学者自身も市場には無用なもの

だということになりかねません。無政府資本主義の見方からすればそういうことになるわけです。

ただ、こういった考え方は市場経済の中に広い意味での法が存在するかどうかという点について、それを否定するものでは必ずしもないでしょう。市場経済が一定の倫理と徳とによって動いていくという限り、市場のアクターの間には間主體的な規範が社会的に発生します。それぞれのアクターはたとえ戦略的にはあっても、それを自発的に順守するように思われます。実際そういった信頼関係がなければ市場経済は円滑に機能しないわけで、その意味では広い意味での法が存在しているとも言えます。ただこの場合、ここで言っている法が個々のアクターの持つ倫理とどう異なるのかという問題はあるにしても、取りあえずそれなりに法というものが働いているということは言えるかもしれないということです。しかしこれは我々が通常考えている経済法であるとか、あるいは経済法学とはまったく異なる種類の、非常に広い慣習的な法にすぎないわけです。

以上の簡単な考察が示すのは法と市場の関係についての見方自体が純理論的に争われる概念であるということです。法律がすでに確立されていることを所与として成立する経済法学的な考察は、それ故一つの法と市場のコンセプトの下に成り立つのであって、別個のコンセプトの下では別個の在り方を示さなくてはならないということになります。もちろんこのことは現在すでに実定法として成り立っている所与の経済法の体系、あるいはそれに相応する経済法学というものが、まったくもって無意味であるということを意味しているわけでは必ずしもありません。ここで言いたいことは市場経済という対象とそれを規制すべく構想される法との距離の取り方、あるいはそれらのコンセプトがどういうものであるのかということに関係する問題であると考えるわけです。

### 三 公正の三つの観念とそれに連動する法のコンセプト

ではこういった法と市場に関わるコンセプションとはどういうものなのでしょう。この場合はまず市場をどう捉えるのか、またその整序を行う法というものをどう捉えるのかということが、それぞれのコンセプションの在り方に大きく依存してくるわけです。市場については、私はかつてほとんど規制の入らない奔放な市場とかなりの程度まで規制が入ってくる公正な市場という二つの種類があるだろうと論じたことがあります。ここではどちらかといえば公正な市場というものが重要なのではないかと述べたわけなのですけれども、ここでは一応それを前提にしておきたいと思います。

市場に関わる法の観念はこれらの市場の在り方と連動して規定されます。奔放な市場の観念は法的規制の必要性を皆無もしくは最小限度においてしか考えず、そこでは法はたとえ存在しても広い意味での慣行的なものでしかあり得ないでしょう。しかし重要なのは、一定の道德的境界の内でも市場によって処理されてよい事柄と処理されてはならないことを区別し、市場の適正な機能を希求することではないでしょうか。この点で公正な市場という観念は法的規制の必要性を適切な程度で考えようとするものです。すなわち法による公共的規制を通じて市場の奔放な力を統御し、公正なものとするのがここでは重要であるということになります。

しかし、そうであるとしても問題は当然、公正な市場とそこでの法の在り方とは何かということになるわけです。そこでその在り方によって、経済法の市場経済に対する構え方がさらに分かれると思うのですが、ここで重要な点はまず公正というものをどう考えるかということです。ここで取りあえず公正という場合、それは抽象的な次元のものであって取りあえずは道德的公正と呼ぶべきものであり、例えば経済法の体系の下で表明されている公正にして自由、かつ民主性に資する競争という場合の公正、すなわち経済的公正とは異なったものです。

このような道德的公正として、自由と平等との一定の組み合わせが考えられると私は思いますが、その組み合わせを考えていく中で三つの種類の異なる道德的公正のとらえ方というものが考えられるだろうと思うわけです。一つは消極

的自由にプラスして薄い平等の保障、機会の平等の保障を有する公正です。第二は積極的自由の保障まで含み、かつ厚い平等の保障、あるいは実質的な平等の保障に近いものです。そしてもう一つはその中間型です。それぞれ便宜のために自由主義的公正、平等主義的公正、そしてリベラルな公正というふうに呼びたいと思います。

さてそれぞれの道徳的公正のコンセプションが、市場に対して求める経済的公正はいかなるものでしょうか。経済的公正というのは一般的に言うならば、経済的活動におけるフェアプレーを求めるものでありますけれども、どういものがフェアプレーなのかということは、先ほどいった道徳的公正のコンセプションによって次のように異なると思われます。自由主義的公正のとらえ方では、たぶん個々人の経済活動の自由が規模にかかわらず厳格に保障され、経済活動に参入する機会の均等性が形式的に保障され、そして経済活動の結果に関する規制は、可能な限り最小限度に抑制されるということになるであろうと思われます。その一方で平等主義的公正というものにおいては、アクターの経済活動の自由はもちろん否定されないものの、経済力の格差が廃されるような方向に規制が行われ、経済活動への参入を経済力の格差によって弱者に一層の保障を与え、かつ経済活動の結果に対する規制も最大限度に行われて、市場における実質的平等というものを確保することになると考えられます。そしてもう一つ、中間型と申しましたリベラルな公正ですが、そこにおいては経済活動の自由を保障しながら、相対的な弱者には一定の基盤整備レベルでの保障を行い、経済活動の参入の機会の保障に関しては一定レベルの参入機会の確保を促す保障を行い、経済活動の結果に関しては経済活動の自由を損なわない程度において成果の還元を行うという方向が模索されることになるだろうと考えられます。

例えば一つの具体例で見ますと、大型店舗の出店・立地規制のようなケースに関してですが、このケースにおいては自由主義的公正の観念は当然店舗への規制を廃して、既存の中小業者にも自助努力と創意工夫を求めるという方向にあります。平等主義的公正の場合には逆に大型店舗と既存の中小業者の経済格差を可能な限り是正する、競争の平

等性を可能な限り確保することになるでしょう。その一方でリベラルな公正の観念は一定程度の規制を行うことで、大型店舗と既存の中小業者との相互調整の中で出店や立地の在り方を定める、あるいは既存の業者に対して一定の資金援助を行う方向で活動の力をつけさせるといった方向を考えると、あるうと思われれます。このあたりの議論は実のところ先の報告で森平先生が基盤確保的禁止事項、それから競争促進的禁止事項といった点にも関わっていると考えられますが、ここで言いたいことは、何が基盤確保的禁止事項であり何が競争促進的禁止事項であるかということ、少なくともこの文脈では三つの種類の公正のとらえ方に依存して定まってくるのであり、そのうちのどれを採るかという問題にも影響されるといふことです。

これらの道徳的公正のコンセプションにおいて中核となつてゐる価値は自由、平等、そしてリベラルな平等ということです。それらによる公正の解釈は当然に市場経済の目的、あるいはどういつた法的規制が必要かということについてそれぞれの理解を生み出すものです。こういった理解は、正義の問題としてはリベタリアニズムの考えを採るのか、それとも非常に強い平等主義を求めめるのか、あるいはリベラリズムを採るのかということにも対応しています。そういう意味では実質的な正義の内容についての価値判断が、ここで必要とされていることになるでしょう。

ともあれ、このような道徳的公正のコンセプションというものは、経済的公正の在り方の方向を規定します。そして経済法というものが少なくとも何を価値的なポイントとするのかということを決めることでしょう。その具体的な内容は当該の法律の目的規定の内に看取されるものです。例えば独禁法の第一条がその例です。その一方で細かい個別規定はそのような目的規定との整合性の下で構成されます。こうして道徳的公正というものが経済法や関連する法における規範的方向性を定めていると言えると思われれます。

なお、道徳的公正の三つのとらえ方に則して、さらに法の構え方、法の市場に対する構え方というものも重要になつ

てくるだろうと思います。形式的には法が市場に対しどう構えるかという場合に法の構え方の市場の在り方に対する幅、それから深さ、そして規制態様という三つの要素が考えられると思われませんが、それを前提にしますと、幅の広狭、深さの深淺、規制態様の強弱などの組み合わせでいくつかのパターンが出てきます。そのときには法が市場に対する構え方が、先ほどの道徳的公正のとらえ方との相應關係においてどのパターンを取るか、ある程度決まってくるであろうと考えられます。

— こうして法と市場との間にはあるべき市場の觀念、あるいはあるべき法の觀念、そしてそれらをリンクさせているあるべき道徳的公正の觀念、さらにはその内実を成している自由と平等の觀念、あるいはそれと連動している經濟的公正の觀念等々が、いわば絡み合いつつ存在しておりまして、それらの連關をどう捉えるのかによって、法や市場の在り方をどのように考えるかということが決まってくるでしょう。その意味では法と市場の間というものも案外に広い、つまりそれぞれの先ほど申し上げたような要素について、どのように考えるのかということを決め手にして形づくられるものですから、その分それらの要素が多くのテンションを抱えるということになると思われるわけです。

#### 四 市場の制度性

そこで次の問題に進みたいと思います。今し方、法と市場との間には多くのテンションがあると言いましたが、そう言うものの法と市場の間には反面では密接な關係もあると考えられます。つまり一定の形で道徳的公正についての見方を捉えるならば、それに応じて實際の法の在り方、さらに經濟法や私法の解釈の仕方というものも決まってくるだろうと思われれます。私自身は以前から、自由主義的公正、平等主義的公正、そしてリベラルな公正の中ではリベラルな公正という考え方が重要ではないかと考えてきたわけですが、それを中核にしながら經濟法の在り方も考えるべき

ではないかと思つてゐるわけです。それにしても、今少し法と市場の在り方がどういふふうに密接に関わつてゐるのかということ明確にする必要があるだろうと思ひます。

そこで、市場には様々な種類のものがあるのですけれども、しかし市場というものは一定の制度性を有してゐると思われまふ。これは先ほど最初に申し上げた第一次制度のことを念頭に置いてゐるのですが、制度性を重視するという見方からすれば、現実の市場というものは様々なルールによつて制度的な束のもとで成立してゐる、それらをどう規定するかに応じて、市場の機能がまた異なつてくるということになります。このことには大きな意義があると思われまふ。

つまり一般的に社会における人間活動が様々なルールや原則に則してゐるということは論を俟たないことでありますし、とりわけ経済において注目されるのは土地、資本、労働といつたいわゆる本源的生産要素に関する市場の在り方です。

基本的には、これらの本源的生産要素については、あくまで取引活動の基礎条件であつて、これらは一定のルールによつて支えられ、維持されてゐる、それを前提とした上で市場的な競争が考えられるべきであるといふふうには、例えば金子勝氏などは考へてゐるわけです。こういった考へ方は市場における一定の公正性を保持するという見方と通底してゐると思われまふわけですが、ここで重要なのは市場の内に市場を統御する様々な規範が埋め込まれてゐることによつて市場が機能してゐると見ることであると思われまふ。そうであれば当然、経済法というものも何らかの形でこの市場の制度性に埋め込まれてゐると考えられるわけで、そうであるならばそれがいつたいどのようにして埋め込まれてゐるのかということだが、ここで問題になるだろうと思われまふ。

市場が様々なルールによつて形づくられてゐるということであるとすれば、経済法の体系それ自体も市場の一部分となつてゐるということになるでしょう。つまり独禁法であれ、不正競争防止法、あるいは知財法であれ、契約法であれ、およそ経済活動に関わる法というのは、それ自体が市場を構成する条件として機能してゐると考えられるわけです。そ

の中でも本源的生産要素といわれるものの中で資本の在り方について、経済法は大いに関わっているように思われます。しかもこの点では資本を担う企業の内部的な構成条件よりもむしろ企業間の活動の条件というのが、経済法の主たる関心であると言うことが一応できるのではないのでしょうか。

そういう意味で、経済法というものは結局市場において自然に成立している様々な制度、これは第一次的な制度ですが、それをさらに自覚的に制度化することによって市場の在り方というものを重層的に支える、そういう意味で第二次統御の役割を果たすものだと考えられます。この点については一般的にはH・L・A・ハートにおける有名な第一次ルールと第二次ルールの結合という議論がありますが、それと類比的に経済法というものは市場における第二次統御の問題である、あるいは第二次ルールの問題であるというふうに言うことができるでしょう。

## 五 経済法の制度性と公正の観念

経済法と市場の関わりというものをこのような重層性を持った制度性ということで考えてゆくとしますと、当然先ほど申し上げた道徳的公正というものがどう関わってくるのかということが問題となってきます。以下、その問題について簡単に話したいと思います。

まず注意しなければならないのは、経済法は価格メカニズムの在り方を直接に指図するというものでは本来あり得ないということではないかと思われれます。換言すれば、経済法は価格メカニズムの環境的な条件に関する第二次統御を行うということですが、これはいわゆる市場の直接規制や間接規制の区別とは異なる種類のものではあって、ここで言いたいのはあくまでもそのような区別の前提となる事柄として、それらの区別はそもそも市場の様々のアクターの存在とその関係に対する統御とし

で成り立っているのであって、この統御を与件として各アクターがいかにかに活動し、いかに財の配分を実現していくかということ自体に対して規制を加えるわけではないということです。

従って、しばしば説かれるところとは異なつて、価格メカニズムを通じて資源の最適配分が実現すること自体は経済法の規制が直接狙いとするところではないと思われまふ。資源の最適配分がどう実現されるかということは、経済法が一定の規制の下で期待して見守るといふことであつても、それを追求するといふことではないと思われまふ。そもそも資本主義経済は指令経済ではないといふ側面もありまして、市場に対する指図といふものは法の役割としても考えられないでしよう。この意味では経済法の目的といふのはあくまで価格メカニズムともども、市場における適切な競争状態を生み出すために必要な環境的な条件を確保し維持することだと言ふべきではないでしょうか。

このこととの関わりでは、経済法の基幹部分を成す独占禁止法の目的の意味も再考する必要があるかもしれませぬ。独禁法の目的は周知のように第一条に与えられています。これは通常三つの部分に分かれるとされています。すなわち不当な取引制限や不正な取引方法の排除を述べた部分、公正かつ自由な競争による事業活動の促進と経済水準の高度化を述べた部分、そして消費者利益の確保と経済の民主的発展の促進を述べた部分です。

これらの部分の区別そのものは第一条の規定の内容からしても自然なものでしょう。つまり第一の部分は市場において予想される個々の活動の中でも、そもそも不正で排除されるべきものがあるといふことを示す否定的なあるいは消極的な規制を述べ、第二の部分は市場において可能となる競争的な活動の中でも、市場の働きを保全する観点からは制約を受けるべきものについてそれを否定するといふ規制を述べ、さらに第三の部分は第一および第二における排除と制約を通じて最終的に目指されている究極的な目的を述べているといふふうに考えられます。そうしますと、そこでの意味は、第一の規制によって選択的に抽出される可能な市場活動に関して、さらに第二の規制によって市場の適正な機能の

見地から付加的な制約を課し、それらを通じて経済活動の最終目的へと導くという点に看取されるでしょう。この考え方そのものは、それを二段構えとするのか、あるいは二重という捉え方をするかはともかく、経済活動の表裏両面を統御しながら目的に到達するというプロセスに則したものであるという意味で、自然であると思われる。

しかしここで重要なことは、むしろその考え方の背景にあるところの経済法的な統御の規範的な性格と、それが最終目的との間に持っている関連性だと思えます。つまり明らかにいえることはまず、第一の規制と第二の規制がいずれも否定的もしくは消極的な規制であるということです。第一の不正な取引方法や不当な取引制限の排除とは、市場においては不正なものと考えられる活動を当初から除外してしまうということが重要だと思われ、また第二の公正で自由な競争を阻害する活動の制約も、いかなる経済目的を有する活動であつても、市場における競争という理想的な活動を害するものである限りはやはり否定されるということが重要であると思われ、もちろんそこでは何が公正、あるいは不当な取引なのか、あるいは何が公正で自由な競争を阻害する活動なのかという法的基本の問題があります。ただここで重要なことは、それらの基準や理念の内容がどう規定されるかということはまだ別にして、そのような理論的作業そのものが法の働き方の関係でいかなる規範的性格を有しているかを確認することでしょう。

その点では、先ほど述べた経済的な統御の否定性もしくは消極性という点から、これらの作業もまた、経済法と市場との関係の内では経済法の市場に対する環境的条件の維持という位置づけの内成される統御の一部分であると考えられます。そうであるとすれば、この経済法的な統御と市場との関係はシステム論で言う境界制御に当たるでしょう。境界制御と申しますのは、簡単に言えば、上位システムが下位システムの境界、つまり下位システムの外縁の部分だけを統御すること、つまりはそこからはみ出る行動に対しては否定的な規制を加えるが、その内部において行われている活動に関しては何も手を加えないという統御のことを意味しています。もし経済法による統御が市場の境界制御であると

すれば、当然先ほどの独禁法の第一条の三部分のうちの第三で言われている消費者利益の確保や経済の民主的発展の促進という目的は、因果論的に考えられる法的規制の結果としてよりも、そもそも第一・第二の規制が実現しようとしている市場の環境の在り方の理念的な基礎を与えていると考えられるでしょう。つまり、消費者利益の確保と経済の民主的発展の促進は、安価でより良質な製品の享受と経済活動の自由や市場の開放性、消費者の選択権の確保や経済活動の単位の自律性の確保などを意味すると言われますけれども、その基本的な位置づけは独禁法的な規制がそれを実現しようとする経済活動のあるべき姿ないし理念を表現しているというところにあると思うわけです。このような市場の在り方はあくまであるべき市場の像なのであって、経済活動はそのような市場に適合的に規制されることで、あるべき市場が現実のものとなるということなのです。

このような見方をさらに実質面で支えているのは、すでに触れた道徳的公正のリベラルなコンセプション、あるいはそれが含意する経済的公正の観念です。その内容は先ほども簡単に申し上げたので繰り返しません。要は経済法の在り方というものを経済法と市場の在り方の関係の内で捉えるということ自体が一定の法のコンセプションをすでに前提にしなから考えられているということなのです。その場合さらに法のコンセプションを与えているのは、実のところ一定の道徳的公正のコンセプションなのであって、それらが連動して経済法の姿が描かれるのだと考えなければいけません。と言いたいのです。

時間も押しておりますので先を急ぎますが、経済法の核となる道徳的公正のコンセプションの問題は、市場における経済活動の自由をいかなる性格のものとして捉えるかという問題と密接に関連しています。ここにご出席の厚谷襄児先生は、樋口陽一先生の議論を踏まえて経済法における独占放任型の自由と独占禁止型の自由とを区別し、前者の下では経済法的な規制が憲法上保障された経済的自由権の制限となるという帰結を生みがちなのであるのに対して、後者の下ではむ

しる経済法は自由促進という意義を持つものであり、それは私的独占を公共の見地から規制することによって得られる自由を意味していて、これが自由経済の本質的内容を成しているとし唆されております。私の考えではこのような考え方はこの報告で述べてきたところと符合すると思われるわけで、つまり私が述べてきた考え方の下ではこのような経済における実質的自由とは、対等な活動の可能性あるいは消費者の生産に対する対等性などを含むところの民主的な経済そのもの表現であつて、それはリベタリアンの道徳的公正ではなくて、むしろリベラルな道徳的公正とまさしく平仄が合うという種類のものであるわけです。そして経済法はそのような理念とそれに見合った市場の像の関数として展開されることで、公正な市場を支える内生的な環境条件として成り立っていて、それを人々が受け取ることで現実の市場を修正していく可能性を維持することになるわけです。こういった形で法と法理論と、そして法律を支えている様々な理念が連動しながら経済法が成り立ち、しかしそれは同時に市場というものをどう捉え、どのような方向に導くかという見方とも連動して、法のリアルな市場に対する構えを総体的に形づくっていると云えるでしょう。

## 六 結びに代えて——正義論と法理論との関係づけ

最後に、以上に述べてきたような法哲学の見地からの経済法、競争秩序、市場などの在り方についての見方というものが、どういう形で実定法学に連携してゆけるのということが大きな問題だろうと思ひます。ある面では実定法学上の様々な法的問題における個別的な論点に法哲学的な議論がどのようににかみ合うかということ論ずるのは決して不可能ではないのですが、その一方で、ここで見てきたような正義論からの見方が実質的にどのような法的実践に絡み合うのかということとは、それ自体として必ずしもまだ判然としていないと思われまふ。

私なりの考えでは、正義の考慮は実定法的な判断の文脈に対して、マクロな考慮、概括的な考慮、個別具体的考慮と

いう三つの角度から関わってゆくと思います。正義はマクロな考慮によって、一方では社会における法の問題文脈を規定すると共に、他方では解決の必要な社会的問題場面を同定します。前者の法の問題文脈の規定は換言すれば民法の構造化Vということで様々な法の妥当領域を規定するもので、市場との関わりでは民事法の領域、経済法の領域、刑法の領域などを区分します。次に、いったんこれらの法領域の区分が成り立つならば、それぞれの領域の中で様々な紛争をめぐる法的処理における判断と正当化がなされるわけですが、そこではまず問題解決の方向に関して正義による概括的考慮がなされ、さらにそれに則しながら当該の正当化における個別具体的な考慮もなされてゆくと考えられます。それぞれの考慮が法的処理にどのように効いてくるのかということは、結局正義をどのように考えていくか、道徳的公正をどのように考え、そしてまた経済的公正をどのように考えるかということ自体と幾重にも連動関係にあると思われるわけです。

最後に一点補足して終わりにしたいと思います。先ほど森平先生のご報告の際にも改めて感じたのですけれども、独禁法と民法との関係や経済法と私法との関わりといった問題をどう考えるかという場合に、ここで見ている正義の問題はどのように関わるのかということがもう一つ論点として現れるだろうと思われれます。それは、先の正義の考慮の見方に則するなら、マクロな考慮によって区分されたそれぞれの法領域どうしがいかなる形で関連し合っていることになるのかという問題として見る事ができるかもしれません。つまり、ここでは端的に、独禁法と民法あるいは経済法と私法という区分の仕方、すなわち民法の構造化Vの仕方が適切なのか、あるいはそれらに通ずる公私の分離が望ましいのかそれとも望ましくないのかといったメタ・レベルでの判断によって、法的議論の関係づけが行われるということかもしれません。この問題は結局、現在、法の諸領域を通じて公共性の問題として論じられているものでありまして、公共性というものを法の次元でどのように考えるのか、とりわけ競争秩序に関しては競争秩序の公共性とは何かという問題

についての考察が大いに関係してくるのではないかと思われますが、この点はオープンにしてとりあえず報告を終わりたいと思います。(拍手)

## コメント

田村善之

まず森平先生のご報告は、競争秩序と民法をどう考えるかということに関わります。

最近の学説の出発点はおそらく大村敦志先生の論文（大村敦志「取引と公序」同『契約法から消費者法へ』（一九九九年・東京大学出版会）「初出は一九九三年」）にあるだろうと思われまます。周知のことだと思えますので簡単にご紹介しますが、この大村論文は民法九〇条の公序良俗違反の解釈論で、従来から独禁法違反が法律行為にどのような影響を及ぼすのかということに関して、経済的公序というフランスの概念を入れまして、独禁法の価値を民法の方でも追求しうるものであり、独禁法違反のものは、原則公序良俗違反になると考えて良いのだ、という方向を打ち出した論文でございます。

これがすべての出発点になったのだと思いますが、民法学の受け止め方としては、大勢は分かりませんが、少なくとも論文をお書きになつておられるかたのなかで考えると、基本的に大村論文に賛成するもののが多いのではないかとおもいます。もちろん、沈黙を守つておられることは決して賛成ではありませんので、それが民法学の趨勢であるとは申しません。少なくとも、論文をお書きになつておられる方という限定でということにご留意ください。

たとえば、代表的なものとしては、山本敬三先生の論文（山本敬三『公序良俗論の再構成』（二〇〇〇年・有斐閣）「初出は一九九五年・一九九六年」）の受け止め方というものがありません。裁判所には立法尊重義務があるということを経介にして、独禁法の価値というものも民法九〇条の方に盛り込んでいく形で、公序良俗の再構成論の中に盛り込んでいくという方向性を打ち出しています。

ここで大事なことは、山本論文では、私的自治の原則、あるいは自己決定の原則というものは前国家的に存在するものなのだと理解することが前提になっているということです。独禁法が存在する前に、さらにそれ以前に国家の存在というものの前に、自己決定権というものが前国家的な自由として存在するものであるということを前提にしているわけです。独禁法というものは、それを制約する原理であるということになるのです。おそらく、これは民法の普通の理解だと思えます。この制約する原理だったものについて競争政策というものの高まりなどを背景にして、積極的に導入するのが大村先生だし、そういうものが最近の流行だということにすぎないわけでありませう。

ところで大村論文の背景と書きましたが、大村先生の論文に明示的に引用されておりませんが、実は塩野宏先生の行政法各論に関する考え方の影響が非常に強いのではないかと私は思っています。これは私も同じです。塩野先生のお考えは皆さんご存じのことだと思えますのでごく簡単に申し上げます。公法、私法概念の区別を廃すると、要するに私法秩序とパラレルなものとして公法秩序を観念するというところに、大きな疑義を呈しています。その方法論的な帰結の一つとして、塩野先生は、「行政法各論」というものに対して、非常に疑義を表明しています（塩野宏「行政作用法論」同『公法と私法』（一九八九年・有斐閣）二二九―二三〇頁「初出は一九八一年」）。

なぜかという点、例えば行政法各論の教科書などを見ますと、様々な分野を規制する行政法が書いてあります。ところが、例えば環境などの問題を考えましても、行政法だけで論じていることに意味があるのか、私法である民法の不法

行為等の問題を併せて考察しなければならぬのではないか、ということになるわけです。塩野先生の本には直接書いてありませんが、独禁法に彼のおっしゃっていることをそのままパラフレーズすると、例えば競争に係する法としては、少なくとも一昔前までは公取委による行政規制を主として念頭に置いていた独禁法といったものを中心とする公法秩序もあれば、私人による法の実現と申しますか、不法行為を中心とする民法の領域や不正競争防止法等の私法秩序も関わってくるだろう。あるいは、知的財産法も無視しえない。このときにそのうちの一部である独禁法ないしそういう公法だけを取り上げて、公法秩序を措定してそこを各論として論ずることに意味があるのか。そうなると、むしろそれは例えば競争法という形で公法と私法両方にらみながら議論していくべきであろうということになるのではないかとおもいます。ともあれ大村先生はこの塩野先生の問題意識を受けまして、例えば独禁法の競争政策の関係でも独禁法だけに頼っているとはいけないわけで、民法九〇条も活用していく、そういうことになるわけです。

私、あるいは後で述べる白石忠志先生なども、このようなものの考え方に賛成しております。もちろん、影響を受けたのは塩野先生のお考えだけではありません。失礼ながら、大村先生もさほどお年は変わらないということで、勝手に私と同世代ということに括ってしまいますと、私たちの世代にとって影響力があったのは、有名な田中英夫先生と竹内昭夫先生の「法の実現における私人の役割」という発想であります（田中英夫Ⅱ竹内昭夫『法の実現における私人の役割』（一九八七年・東京大学出版会）「初出は一九七一一一九七二年」）。今日のテーマとの関係では、アメリカでいかに私人に提起する損害賠償が競争政策の実現に役立っているかということを書き表したものでございます。

これをさらに押し進めるのが、森田修先生のお考えです（森田修『独禁法違反行為の私法上の効力』試論—日本経済法学会年報一九号（一九九八年））。森田先生は、実は山本敬三先生、あるいは吉田克己先生（吉田克己『現代市民社会と民法学』（一九九九年・日本評論社））のお考えと異なるかもしれないところがあります。それは、自己決定

や意思自律の原則、あるいは私的自治などという前国家的に守られる自由は本当にあるのか、というそもそも論を問いつけることです。

この森田先生の根本的な問いかけにかりにイエスと答えるのであれば、要するに市場を機能させるためにたまたま民主主義があるのだという発想になるのだとおもいます。この後、議論が途絶えています。これを受けてどうするとう形でなかなか議論が発展していきませんが、今日ご報告いただいたことはこの点に関わりますので、大変に興味深いところです。

その関係で、具体例として、森平先生は本日はクーリングオフの誘致事件についてお話しされましたが、私はむしろこちらの方が面白いと思っているのは、意思なき契約の強制という問題です。

これはどういうものかといいますと、一般的に取引強制などについて話すときに、民法学ではだいたい継続的契約という話で議論を進めていきます。何年か長期的な限定当事者の契約に入る、例えばフランチャイズ契約に入る。それが例えば年限が決まっています二年なら二年で更新する。フランチャイジーは基本的には更新を期待していたときに、二年目のときにフランチャイザーの方が一方的に一応契約書で定められている更新拒絶権を行使する。そういうものが不当になるかどうかという議論をするわけです。そこでは一応いったん契約があつて、その契約を続けていくべきかどうかという形で議論するわけです。

これに対して、白石忠志先生が、それに完全に乗っかって論じている論法で、継続的な契約に限らない、射程の広い議論をしようとしています（白石忠志「契約法の今日政策的な一面」ジュリー一二六号（一九九八年））。なぜ、継続的契約というものに法が介入するのかということについて、簡単にいうと、当該フランチャイジーとしては、フランチャイズに関して非常に大きい関係特殊的投资をしているわけで、この場合、他のフランチャイズ・システムに乗り換えると

いう選択肢がない。そういう意味で、フランチャイジーは当該フランチャイズの関係にロック・インされている。そのような状況にある者に対して不当に圧力をかけて、例えばものすごく自己に有利な条件で取引を迫る、それがだめだといえ切るといふことを許してよいかどうかという問題だと捉えることになります。この場合、フランチャイジーにとつては取引できる人がその人一人しかいないということで、フランチャイザーが独占状態にあるわけですから、その一〇〇%の独占力を利用してより有利な契約の締結を強制する。あるいはそれが嫌だったら解除する、そういった行為を許すかどうかという問題だとすると、そもそもまったく継続していない、まったく取引関係がないものについても契約の締結を強制する、取引強制をすることになるのではないかとというのが、白石先生のお考えであります。

これは当然論理的な帰結でして、例えばレコード店などでは品ぞろえが大変重要であります。これからレコード店を立ち上げようとするときに、大変有力なレコードの事業者、CDの販売会社が、そのレコード店とは取引しないとということになると、そのレコード店は経営することができない。こういったときには、それは不当な取引強制として独禁法上で違法とするという発想です。ここにある発想は意思なき契約強制ということになりますので、そういう意味ではこれは森田先生の根本的な問いかけに対応する問題だということになるわけです。

こういったものを認めるのか認めないのか、一般的なこういった議論に関しては、むしろ契約が一度も交わされていないから、価格など条件も不明なので、契約締結義務を認めても、はたして不履行に対して執行できるかといった法技術的な問題の方から責めるものもあって、そしてそれに対しては、私や白石先生は一定の対策もっているわけですが（田村善之「知的財産侵害訴訟における過剰差止めと抽象的差止め」同『競争法の思考形式』（一九九九年・斐閣）一八八頁）、それはともかくとして、そうした法技術的などころではないもつと原理的などころで応接するものは非常に少ないとおもいます。そのようななかで、森田先生が積極的な立場から応援しているという状況です。その意味で、

議論としては、こちらの事例のほうが論争契機的で面白いのではないかという気がいたしております。

それからさらに今日の森平先生も取り上げたクーリングオフ誘致事件に関してですが、森平先生と私とでは、問題意識がやや違うのではないかと思つているところがございます。

これはどういふことかという点、私はこのクーリングオフ誘致を違法とした判決に反対だということであり、どういふところが問題なのかということについて、私なりの理解を申し上げようと思つております（田村善之「競争法における民事規制と行政規制」同・前掲競争法の思考形式所収一九頁）。基本的にクーリングオフを誘致する行為では、もちろんクーリングオフですから契約違反を誘致するものではないという観点が重要だと思つております。

だからそれだけ違法と認めるのが困難だと思つてわけです。問題は私の理解だとクーリングオフを認める趣旨というのは、情報に乏しくて即断を迫られる訪問販売によつて締結された契約に対してクーリングオフが認められるということなのだ、換言すれば、契約した時点では情報に乏しくて即断を迫られた消費者に、熟慮の機会を与えるということにあるのだということになります。そうだとすると、その後で別の訪問業者が来てしまったわけですけれども、別の訪問業者の訪問販売によるものであるとはいへ、より安価に買える商品が存在することがその時点で分かつた以上は、クーリングオフを行使させることがむしろ制度の趣旨にかなうのではないか、と思つてわけです。

訪問販売で高い英会話か何かの教材を買わされた後にもっと安くしてあげますと別の訪問販売業者が来た場合、クーリングオフの制度があることにより、異なる時間に来訪した訪問販売業者を比較することができるようになる。その結果、店頭で商品を選択するのに似たような状況を消費者に与えることになるのだから、このようなクーリングオフの利用の仕方はむしろ奨励すべきであらう。したがつて、みだりに訪問販売業者を違法として抑圧すべきものではないだらうというのが、私の理解であります。

ただ、私の立場でこのクーリングオフ違反の誘致が違法になることがまったくないのかというと、そうではありませんで、唯一違法になるとすればフリー・ライドの観点だということになるわけです。

どういふところがフリー・ライドなのかというと、訪問販売は大変な努力を費やしているわけです。まず顧客がいるかどうか分からないのにひたすら回って、それで顧客になりそうな人を見つけると、その方に対してこの商品がいかによいかと説明するという、そういう努力をしているわけです。

それに対して二番目の訪問業者はそういう意味で非常に楽でありまして、消費者は一度説明を受けているおかげでその商品のよさが分かっているわけですから、あとは価格だけの問題なのでより安くもできるのだということになるのだと思います。ただしここで法の出発点を考えなくてはいけない。そもそもクーリングオフ制度がなければ、そういうった努力は契約で守られるべきものであります。その契約を一定期間ではありますが、解約してよいというのがクーリングオフ制度の趣旨ですから、そもそもここで法の保護の対象にはなっていない話なのではないかとおもうわけです。

では、どういふときに私が違法というのかというと、むしろそれを超える、契約で守りうることを超えるフリー・ライドがある場合です。具体的には、つけ回しというのがある場合です。最初の訪問販売者が回っていくのを見ていて、同じ方面へ出掛けていく。そして、最初の訪問販売業者の滞在時間が長いところにだけ出向いて販売するとすると非常にコストの節約もできる。そこでおそらく契約がすでに締結されているか、もしくは直前までいっているわけですから、そのようなフリー・ライドまで認めてしまうと、そもそも訪問販売という事業が成り立たなくなるのではないかと思うのです。もちろん、訪問販売などないほうが私生活が乱されなくてよいというのであれば別論です、そしてそういう価値判断は十分にありうるとおもいますが、ともあれそうした考え方をひとまず採らないことにして、やはり世の中には訪問販売があったほうがよいと考えるのだとすると、こういったつけ回しの行為までも許してしまうわけにはいかない

だろう、違法とすべきだろうということになるとおもいます。

ここで私の試みたクーリング誘致事件判決の評価というのは、基本的に市場が機能しているのであればほうっておけばよい。特にこのクーリングオフの場合は異なる時点での競争を法が認めているわけですから、それは競争をさせるべきだということでありませう。

それに対して、森平先生のご報告は、むしろこれは消費者に課せられるべき、深刻な結果にならない損害負担が試行錯誤のプロセスであり、消費者に課される教育的効果だとおっしゃるわけです。しかし、まさにこの教育的効果を消費者の負担にしないとした制度が、むしろクーリングオフなのではないのか、そういうものが私の理解であります。

そうなつてきますともう一つ問題があります、今のところは消費者の方から見たクーリングオフ誘致違法を肯定する理論に関する私の評価を述べたわけですが、もう一つは森平先生のご報告中、所々に出てきています競争手段の不正性という観点から、あるいは競争事業者間の倫理という観点から、たとえクーリングオフで消費者の方は保護されているとしても、その消費者が保護されていることを奇貨として競争事業者が不正な競争手段でそのクーリングオフを誘致するのはどうかという問題でして、これについてがもう一つの問題でして、そこでいう倫理というものは何かというところが問われることだと思います。

もちろん私の立場でいいますと、そういった倫理というよく分からない、はっきりしないもので何かを禁止されるといふのは、まあ私はリハビリアンでもありますので嫌いであります。そうなつてきますと、これは長谷川晃先生のご報告に重なってくるわけでございます。

そこで、長谷川先生のご報告の方にコメントをいたしたくおもいます。

長谷川先生が民法、独禁法などの法技術的な区分に特に拘泥することなく、一般的に法というものを捉えて議論され

ようとしているところ、つまり、独禁法だから〜はできない、民法だから〜であるというような意味での帰結主義はお取りになられていないところについては、大いに共感を覚えるところであります。もちろん、私は実体法学者ですから、とはいってもその行政規制であるとか民事規制等の規制の手法の差異、一次的な法的判断をなすのが行政機関なのか裁判所なのかという法的判断主体の差異が、制度設計に影響を与える、そういった差異はあるのだろう、という次の段階に移行するわけですが、このような移行をするためには、そもそも原理的に各法が相いれないということの話が始まりませんので、その意味では共感を覚えるというところがあるということですよ。もともと、最終的に、どの程度の分野を行政規制にして、どの程度を民事規制にされるのかというのは、それは行政権と司法権に対する国民意識というものを切つて離せないという問題があるかと思いますが、その点に関して言及することはもはや今日のご報告のコメントを超えてしまいます。

さて、長谷川先生のご報告に対しては、全く別のところで違和感を覚えるところがないわけではありません。

長谷川先生のご報告の特徴というのは、大きな概念として道徳的公正というものを置いて、それで経済法と私法の問題を考えていこうというところがございます。そこでは三つの選択肢として、リバタリアム、あるいは平等主義、最後に長谷川先生がとらえている、リベラリズムという三つのかかわり方が紹介されているわけですが、ただ全体的に昔から感じることでありますけれども、どうも正義論による既定主義と申しますか決定主義と申しますか、そのような発想が長谷川先生にはあるのだろうというのが、私の理解であります。

むしろ私の判断の方は先ほどの話にもかかわりませんが、法で決定できるのかというような限界的な問題や、あるいはそもそも押し付けるのが嫌だという問題もありますし、むしろ自由というものを重んじる。ここでは、何が公正で何が平等かというのは大変懐疑的でございますので、そういったものが分からない以上は、むしろ市場に決定させていくべ

きではないかという発想が私にはあるわけです。

長谷川先生も今回のご報告では大変用意周到でございまして、そもそもリバタリアムを含めて道徳的公正と概念を包括していますし、さらに独禁法の規制の仕方が環境的条件を整備する、あるいは境界制御型になるなどということをご指摘しているわけがありますが、むしろ長谷川先生はそこから境界制御的なんだというところから、この目指しているのはむしろリベラリズムなんだというふうに帰結するのですが、私の理解からするとまさに境界制御にならざるを得ないのは、法で最後まで決めない、むしろ市場に決めさせるべきだからなのだと説明するわけです。もちろん境界制御の発想が直ちにリベラルというふうにいかないとは申しませんが、そこに直結させるのはいかがかと思うわけがあります。具体例として大店法を出していたので、それについて少し私の長谷川報告の大店法に対しての今回の感想、私の評価をお話いたしますと、市場の動態的メカニズムというものを、どのようにお考えなのがよく分からないところがあります。

たとえば、今日の口頭のご報告では飛ばしてお読みになられたのですが、レジメのなかに「先の例で考えるならば」という文章がございます。大店法の出店、立地規制において、規制を廃し中小業者に創意工夫を求め、あとは競争に委ねる方向での判断は何を「ひとの福祉」ととらえることになるのか、と問題提起をいたしました。こと消費者個人々の願望充足という見地から消費者の利益を見るならば、まったく規制しない大店法を廃止せよという第一の方向を探ることが最も利益が大きくなる可能性があると指摘されています。しかし、共同の等しい利益という見地から見るとは消費者と生産者、あるいは小売業の共同における利益の総和は第二の平等主義的な方向となるだろう。それは、大店法以上にもしかすると規制するかもしれない。そして最後に、他者においても正当な理由のある利益の享受という見地からすれば、リベラルの方向(第三の方向)に利益が大きくなるかもしれないというふうには、まとめられているわけであり

ます。

これなども静態的なある一定時点をとらえると思うます。たしかに大店法を廃止すれば小売店、中小の特に小さな商店街などが危機に瀕してつぶれていくだろう。そういう意味では中小の小売業者の利益というものは無視されていくのだろうとおもいます。しかし、そうした小売業の競争再編を通じて、より効率的な業者が生き残るのであれば、たとえば一〇年、二〇年たった後の利益などを考えると、むしろ第一のものだけでなく、第二のものをみても、消費者に還元される利益が大きいので、共同の利益を考えても、大店法は廃止したほうがよかったということになる可能性はある。もちろん、そこはよく分からないわけですが、そうした予測をあえて法でしなくても市場が判断して効率的な制度を作っていく可能性がある、そこが市場というものの強さなのではないかという気がするわけであります。そういった動態的なメカニズムというものをどう考えるのか、というところがよく分からないのです。もちろん、こうした市場的な決定がなされるためには市場が機能していなければならぬので、市場を機能させるための競争法的な法の介入は必要ですが、それで市場が機能しているのであれば市場に任せてみたほうがよいのではないかと、ということでもあります。

たとえば、長谷川先生のご報告では、大型店の郊外進出に伴う既存商店街の荒廃が起こり、地域に密着した経済的サービスが失われつつあるという指摘があります。たしかに、それはそうなのかもしれないのですが、その判断は人によつて分かれるのではないかとおもうのです。二〇〇三〇年前にあつた商店街というものが、どんどん消えているのは確かですが、それにある程度代替する機能を果たすものとして、例えばコンビニエンスストアというものが出てきているわけでありまして、それはそれで一つの小売店を効率化するシステムですから、そういったものは市場の生み出した一つの知恵ということができるとおもいます。そういったものを無碍に否定すること、それはそれで一つの価値判断の押しつけではないかとおもつてしまふわけです。

もちろん、私は専門家ではありませんので、本当のところはよく分かりませんが、ここで私が申し上げたいのは、よく分からないことがあるということ踏まえることが大切なのではないかということです。

以上で、私のコメントを終わらせていただきます（拍手）。（詳細については、田村善之「競争秩序と民法学」同『競争法の思考形式』（一九九九年・有斐閣）、同「市場と組織と法をめぐる一考察」同『市場・自由・知的財産』（二〇〇三年・有斐閣）所収も参照。）

## 〈討論〉(午前の部)

司会 (神貫俊文・北海道大学教授)

長いけれども有益なコ

メントをありがとうございます(笑)。時間の関係で、ここは報告者にご発言いただくべきだと思います。それでは、森平先生からお願いいたします。

森平 クーリングオフと契約違反との趣旨が異なるということとは、必ずしも私はそのように(田村教授の所説)は考えません。つまりクーリングオフの趣旨というものを狭く考えるという事で、その疑問に一応答えられるのではないのでしょうか。その場合、まずクーリングオフの権利を行使する消費者の主観的な事情を問題にするものではないという点は、その通りだと思います。従って時間を前後して来訪した販売員の提示する条件というものを比較して、有利な取引をするということが認められるべきであるというご説は、その限りにおいて納得し得ると思います。

しかしながら私が競争法の立場から問題とするのは、契約違反の誘致という点に力点をおいた推論です。クーリングオフというものはもちろん主観的事情を問うものではなく、誰でも行使できるわけですが、契約違反の誘致によって行使されたもの

とそうでないものをどのように区別するかということと異なる評価が可能ではないでしょうか。

本件の判例評釈で長尾治助教授が指摘されたことですが、自主的に行使したものと誘引が強かった場合を区別して、自主的に解約権を行使したと判断される場合は、誘引が多少あつたとしても後行の契約者は不法行為を問われないと述べておられます(判評二七八号一六八頁)。これは私の立場に近いというような感じがします。

ただし、それは多くの場合誘引によって解約権の行使に至つたと評価されるような性格の販売方法だと思つておられます。そして、誘引によって契約違反をさせた販売行為は違法とされる場合が多いというように長尾教授の説でもなるのではないかと思っています。

そしてこのことは競争者の契約の自由の範囲といえますが、競争者の契約行使に係わる権原を競争法政策の観点から見直したということになると思います。つまり、先行契約者との権原の比較において調整を図つたという評価になるのではないかと考えるわけです。川濱教授の先ほどの言葉を借りますならば、既存の私法秩序を自然なベースラインと見る傾向を公序Ⅱ競争秩序の観点から見直した。契約違反誘致という販売方法に対し

ては、そのような、今ある私法秩序を反省させる法的構想力、（この言葉も川濱教授からの借用で最近の法哲學的研究を基礎にして教授は使つておられます）が発揮されるよう求める特性を持つ行為ではないかと思ひます。そういうもの手段としての妥当性を考えてみようということが、一つ根本にあつたわけです。

その後には、買うこと自体は翻意してないけれども、安く買えるからということが果たしてクーリングオフの趣旨に入るのかどうかということも、私は若干疑問には思ひます。店舗販売でも、ここで買つてほかで安く見つかるかもしれないけれども買おうということで、契約の締結に踏み込むということはあろうかと思ひます。その場合はもちろんそれで契約は確定するということになります。そういう面もクーリングオフについては出てくるのではないかというような気がいたします。

**田村** なぜ誘致が不正と思われるのかということが分からなかつたのです。

**森平** それは私の根本に持つてゐる契約違反というものの考へでは、契約というものは守られるべきということが基本になつてゐるので。

**田村** 分かりました、堂々巡りで、クーリングオフという制

度がある以上、契約が守られているわけではないと思つてゐるわけが、その辺が違うということですか。

**森平** 基本的には契約というものは守られることが好ましいわけ。

**田村** 好ましいということは、それは競争秩序の不正さなど関わることですか。

**森平** いや、その契約自体として考えてみると、守られないことがいいのか、守られることがいいとかと……。

**田村** それは契約自体の話で、そうすると堂々巡りになつて、競争秩序という観点が今のご議論のなかに入つていなかつたような気がするんですが。

**森平** そこは交錯してゐるというような考え方ですけれども。

**田村** 先生のお立場は分かりました。

**森平** 意思なき契約の強制についてはまだ考えていないのですが、ただ一般論として一四項の優越的地位の濫用に係る解釈学説に關してならば、私は白石教授の教科書を使つておりますので、白石学説は非常によくできてゐると評価しております。つまり、他者排除の究極の形態であつて、取引必要性という行為者に代わり得る他の取引相手がないという違法性判断基準をたてられたことで、事業規模うんぬんというようなことを言わ

ないで、競争減殺の三類型としてその競争の停止(カルテル等)と他者の排除、そして優越的地位の乱用という三類型を市場の競争減殺の枠のなかで捉えることに成功した。優越的地位の濫用の規定が競争減殺の究極の形態として、取引必要性の基準というものを挙げられたということで独禁法の体系になかで一貫して説明されることに成功された。そして、独禁法の基準の明確化という、厚谷先生なども民法と比較してやらなければいけないということをおっしゃりましたが、その通りだと思っただけですけれども、その課題を果たされたことは非常に高く評価したいと存じます。

だけれども他方で、やはり独禁法の規制の目的において明確化ということはそれほど必要なんだろうかという思いもいたしております。私は交錯して重層的に規制するというような、あるいは法規定のダブリというようなものもあってもいいのではないかと考えております。十分な答えになつておりませんけれどもご容赦ください。

**司会(稗貫)** ありがとうございます。それでは長谷川先生。

**長谷川** 田村さんの意見もお聞かせいただいて、ありがとうございます。田村さんも引いてくださっている、私がつたまたま知財法等について書いた論文を念頭に置きながら話させていた

だきます。問題は二つあると思うのですが、まず第一に、経済法が基本的に境界制御型のものではないかということ自体は経済法の在り方の一つの形式的な特徴であつて、道徳的公正のコンセプションとか、とりわけリベラルな形の理解とは直接結び付かないのではないかとのご指摘がありました。

これはある面では当たっていると思います。ただその場合に一つ留保があつて、それは田村さんの発想と私の発想、あるいは田村流の知財法もしくは競争法に関する法理論の発想とここで示している正義論的な発想とは実は親近性を持つているということなんです。というのも田村先生が言われたことの中に含まれていたように思うのですけれども、境界制御の在り方をどう捉えるかということについては、大雑把ですが、リバタリアン的な傾きを持つとらえ方とリベラルな傾きを持つ捉え方がありうるのですが、この二つは実は近いところにある発想です。つまりそもそもどちらも広い意味でのリベラリズム、つまり自由主義という見方の二つのバージョンとしてある、いわば狭いバージョンと広いバージョンとしてあるものだと思います。リバタリアン的な理解というものは田村さんも何度かおっしゃったように、政府や法的規制を可能な限り廃して、可能な限り市場の自律性に委ねるという形でまさに境界制御が達成されるだろう

という見方ですし、その一方でリベラルの見方は、しかし同時に政府あるいは法的規制をある程度まで含めるときに境界制御が意義を持つと見るわけです。これらは似ている考え方であるけれども、やはり二つの異なったバージョンであるわけですから、その意味では境界制御そのものがリベラルな形の理解と直ちに結び付くというわけではなくて、むしろリバタリアンの傾向を持った見方とも結びつきうるものだし、むしろそう考えるべきではないのかというご指摘はもつともなところがあると思います。

そこで、この相異の問題にどういう決め手があるのが当然問題になると思います。この点で、例えば田村さんの知財法の議論の中では、市場指向型知財法の視点、それから機能的な知財法の視点、それから自由統御型な知財法の視点という三つの視点で挙げられていますが、先に触れていた私の論文の中では、それらの視点というものは単なる議論の出発点であり、それ以前に田村さん自身が知財法の持っている法原理というものを考えているということを指摘させていただいたわけです。例えば市場を活用するということで経済活動の活発化が図られるべきだということはいわば市場活用原理としてそれ自体大きな正義論的な含みを持つ考え方ではないか、あるいは機能的知

財法の視点というのは目的に則した形で規制というものを構築する必要があるというこれもまた非常に重要な原則ではないかといったような形で、田村さんの視点の背後には正義論的な含みを持つ諸原則がすでに前提されているということを指摘したわけです。そういうった考え方、つまり今述べたような市場の価値と市場活用といったこと自体が先ほど言った経済的正についての一つの見方であるリバタリアンの傾向と連動していると言えるのではないかと思います。そしてそういうところで境界制御の捉え方の違いが出てくると思われま

す。そこで二番目の問題なのですが、それでは境界制御の在り方をそのものをどう考えるかというところで、たいへん重要なことを田村さんはおっしゃっていたと思います。つまり、境界制御における長期的視点あるいは動態的視点というものをどう考えるかということが問題だと思ふのです。確かにこの点については、市場の動態や変化というものが重要であるということに関してリバタリアンの視点の方がよりフィットするわけです。その一方、リベラリズム的な視点はいむしろ市場構造を維持するという観点に立っていて、この意味では田村さんがおっしゃるように市場の動態への積極的な見方あるいは期待というか、自由な競争に任せてよいという期待の程度が弱いということにな

るでしょう。それ故、もつと動態を焦点として市場の在り方を評価すべきではないかということは一理あると思つています。

しかしその一方で問題は市場動態についてどういうふうに考へるかということで、リバリアンの視点を取るか、リベラル的な視点を取るかの違いがやはり重要です。どうということかという、市場動態というのは結局、そのまま市場に任せておくと市場がすべての人の利益のためにいずれ適切な形に変化していくと捉えるのか、それともそうではなくてむしろ市場動態というのは実のところ非常に危ないもので、場合によっては大きな資本力を持った企業その他の集団が市場を支配するという傾向が強まるとかあるいは経済的弱者がどんどん発生するという歪みを持つに至るものだと捉えるか、いずれかで議論が変わつてくると思うのです。

これ自体はまた別レベルの理論的な争いだと思つのですが、それは同時に、先ほど言つた市場動態を重視するか構造を重視するかということで大きく変わつてきて、リベラルな考え方は、市場動態というのは確かに場合によっては一時的に非常によい状態を生むかもしれないけれども、長期的に見る限りは市場構造が歪む方向に動くのではないかという認識を持つているわけです、このあたりをどう評価するかが分かれ目だろうと思つています。

そこで市場動態がもし不安定なものだとすれば、市場構造というのは可能な限り維持すべきであるということで市場の在り方を統御すべきではないかという議論につながるでしょう。もつとも、これは抽象的に議論するのは簡単なのですが、具体的に知財の場合、独占禁止に関わる問題、あるいは不正競争に関わる問題などについてそれぞれどういうふうな市場の在り方や動態を捉えてゆくかということとは、より詳細に議論する必要があります。

ちなみに、件の大店法の話ですけれども、この辺になると自分で持つているパーセプションの問題がかかわつてくるので、どれくらい学問的な議論になるのか分かりませんが、たまたま一つのきっかけは、僕は秋田の生まれなのですが、帰省するごとにほとんどん昔の中心部が疲弊しているのを見るわけです。本当に無残な状態なのです。それが大店法の問題を考える一つのきっかけに、もちろんそれほど強いわけではありませんけれども、なつていふことがあります。そういった大店規制は、もちろん規制そのもので考えると特に自由の観点からの問題が大いにあると思つて、逆に規制がされればすべて解決するといふものでもないでしょう。しかし、おそらく負の外部効果の問題を考える視点をどう取り入れるかという問題なのではな

いでしょうか。このことは、もちろん大店法だけですべての問題を解決するとか、あるいは独禁法で規制をするといった話ではなくて、都市計画であるとか環境保全とかが絡み合いながら広い意味で経済法的な規制というものを考えていくということもありうると思います。ただし、そのことは同時にリベラルな形で市場構造を維持するということが当然論理的にはつながってくるのではないかと思っています。

**司会（稗貫）**　ありがとうございます。それでは午前の部はこれで終わらせていただきます。

\*以下、休憩をはさんで行われた午後の部の報告を掲載する。

## 競争秩序と民法

吉田克己

## 一 はじめに

それでは、「競争秩序と民法」というテーマで報告させていただきます。お手許に原稿の形で資料をお配りいたしました。これは、厚谷先生の古稀記念論集のために執筆している原稿の草稿です（『競争法の現代的諸相（上）』（信山社）に収録された）。執筆が遅れているのですが、この報告を機会に何とかまとめたかと思つて書きました。まだまだ検討が足りませんが、ご容赦下さい。報告は、読み上げるという形ではなく、要約しながら多少のコメントを加えていくという形でさせていただきます。早速、「はじめに」の部分から始めさせていただきます。

今日の報告の基本的観点ですが、問題領域を区分し、そのような区分に基づいて「競争秩序と民法」というテーマに接近したいと考えています。それでは、どのように問題領域を区分するか、ですが、図をご参照下さい。そこに示しましたように、「需要者間の競争」と「供給者間の競争」とで大きく分けるというのが基本的発想です。

図 I 需要者間競争

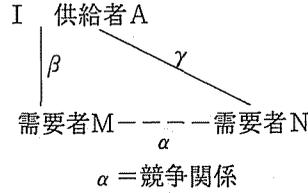
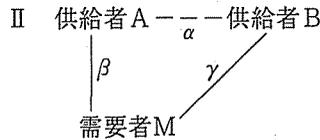


図 II 供給者間競争



重要な機能を担っていることもたしかであり、民法の観点から競争を捉える場合には、この需要者間の競争も射程に入れておく必要はあります。

基本的観点としてこのような区分を最初に提示したのは、それを明確にしておかないと議論が混乱する危険があるからです。一例だけ挙げますと、従来、不正競争行為の類型化として、「基盤確保的禁止事項」と「競争促進的禁止事項」という対比、あるいは「不当需要喚起行為」と「競争減殺行為」という類型化が行われてきました。前者は広中先生の概念構成で、後者は田村さんの類型化です。これに対して、吉田邦彦さんが批判しています。詳しいことは申し上げることができませんが、私の印象では、両者が想定している競争類型が相当に違う。不正競争行為に関する従来の類型化が想定しているのは、供給者間の競争です。それに対して、吉田邦彦さんが想定しているのは、主要には需要者間の競

現代社会において競争をこのように大きく二つに分けた場合、どちらが重要かという点、それはもちろん供給者間の競争です。

これは、顧客獲得をめぐる競争であり、独禁法が想定しているのも、主要にはこの競争です。それに対して、需要者間の競争は、特定の財の獲得をめぐる競争です。したがって、この競争においては、財の個性が重要になります。この競争において対象になるのは、具体的には土地とか人材でしょう。これらは不代替的な財であり、代替的財の大量生産・大量消費がメインとなる現代社会の市場においては、主要な役割を占めることができない性格のもので、とはいえ、土地や人材が現代社会において無視し得ない

争だと思えます。そうすると、議論自体がうまく噛み合っていないことになるのではないのでしょうか。そのような問題がありますので、この二つを明確に区別したいということです。

## 二 需要者間の競争

そこで、本論に入り、まず「需要者間の競争」を取り上げます。この領域でも、論理的には競争減殺や不公正な取引方法がありうると思えます。しかし、具体的な例を考えてみますと、あまり思い浮かびません。供給者をA、競争関係にある需要者とMとNとして（図I参照）、Nが代金以外の何か魅力的なものでAの気を引くとか、そのようなことかもしれません。これはかなり無理な例かもしれませんが、そのような具体例を想定してみますと、それが競争秩序の観点から本当に悪いことなのかよく分からないところがあります。

需要者間の競争においては、市場のあり方自体が供給者間の競争におけるものとは質的に異なるのではないのでしょうか。需要者間の競争の場合には、競争の対象となる財に多かれ少なかれ独占的な性格が認められます。対象となる財が不代替的財だからです。代替的財が問題であれば、その取得を望むMまたはNは、Aの提示する条件が気に入らなければ他の供給者からその財を取得すればいい話です。つまりここでは競争は供給者間の競争に移行してくる。これに対して、不代替的財が問題であれば、MまたはNはAと交渉せざるを得ない。このようにしてここでは需要者間の競争になるわけです。このように、二つの競争の間には質的な違いがある。

これを反映して、競争の現れ方も、需要者間の競争においては供給者間の競争とは異なり、資料に書きましたように、「図Iにおける需要者Mが先行取引者として供給者Aとの間で一定の関係を形成したのちに、後から出てくる需要者Nが、その財の取得を試みる」という形で現れてくることになります。ここで「一定の関係」といいましたが、これが

意味するのは、いうまでもなく契約関係、成立前の交渉過程も含めた広い意味での契約関係です。ですから、ここでの競争は、要するに契約侵害の問題として現れるということです。

広い意味での契約関係は、財の取得に至るプロセスです。このプロセスが進むに従い、先ほどの例ではMの財獲得への利益の要保護性が強くなる。反面からいえば、このプロセスが進むに従い、Nの行為が競争秩序違反とされる可能性も大きくなるということです。このような観点から、契約関係が進行するプロセスを三段階に分けて、問題状況を検討したいと思います。

まず第一段階は、Mが財の取得を完了している場合です。不動産の例が分かりやすいと思いますが、MがAから不動産を取得して對抗要件として所有権移転登記も経由しているというような場合です。これは非常に簡単な話でして、Aはもはや所有者ではない、つまり無権利者ですから、AからNが同じ不動産を取得する余地はもはやない。この不動産に関しては、競争は終わっています。對抗要件制度には、そもそもそのように競争を確定的に終了させるといった機能があるわけです。

ところが、物ではなくて役務の取得が問題になっているときは、不動産におけるような競争の排除ができません。役務については物権的な取得がありえないからです。法律学において物権には排他性がある、債権には排他性がないというふうにいっているのは、そのような競争排除の可能性の有無を法学的に表現するものなのだろうと思います。ですから、役務については、AM間で契約が成立しても、Aの役務をめぐる競争の可能性は排除されない、つまりNが登場することは正常な事態なのだ、という見方も可能でしょう。従来は、そのような見方がむしろ主流なのだと思います。

しかし、Mからしますと、財の取得についてやるべきことはすべてやっている。その意味で、不動産について對抗要件まで備えているケースと事情は同じです。そうであれば、この場合の解決をむしろ物の取得について對抗要件を具備

した場合に引きつけて考えるべきではないでしょうか。もちろん、排他性がないのはたしかですから、まったく同じというわけにはいきませんが、債権侵害に基づく不法行為の成立を認めるといふ方向を志向すべきでしょう。資料では、そのような観点からの記述をしています。

第二段階は、「契約は成立したが先行の需要者が財の取得を完了していない場合」です。これは、要するに、契約は成立したが対抗要件を具備していないというケースです。この場合に、契約成立の時点で競争を排除してしまうというわけにはいきません。対抗要件を具備した場合はやはり区別して扱わなければならない。そうしないと、対抗要件制度の意味がなくなります。このようにして、この場合には、後行の需要者であるNによる競争の余地は認めなければならない。

しかし、契約は成立しているわけで、ここでの競争は、白紙の状態の競争ではありません。一応のいいかたとしては、原則としてNによる競争は可能だが、不公正な競争は排除する、ということになりましょうか。しかし、改めて考えてみますと、白紙の状態の競争でも不公正な取引方法は排除されるわけですから、契約が成立しているところでの問題状況においては、もう少し悪質性が低い行為でも排除されるとしないと全体的なバランスが取れないでしょう。としますと、悪意プラスアルファくらいでNの行為を競争秩序の観点から否定的に評価するというあたりででしょうか。実際、不動産取引の領域でこの場合のN排除の法理として機能している背信的悪意者法理も、そのあたりでNを排除しているように思います。

あとは、この局面においては、効果の点に注意しておきたいと思います。いま背信的悪意者法理を援用しましたが、この法理は、要するに、競争秩序の観点から否定的評価を受けるNを民法一七七条の第三者から排除するものです。つまり、あくまでNとの関係でMの財産取得を保護するという法理です。AN間の契約を無効とするという法理ではありません。

ません。無効にしますと、N以外の者、具体的には承継人にも影響が及びます。それは、一般的にいえばやや行き過ぎの結果でしょう。つまり、ここでの競争関係の排除は、相対的なものであって、それに見合った法律効果を付与するの  
が望ましい、ということですが。

第三段階は、時間的には遡っている感じですが、「契約成立に至っていない場合（未成立の場合）」です。これは、基本的には契約交渉破棄責任の問題で、いま司会をされておられる池田さんのフィールドです。この問題領域で主として論じられてきたのはAの責任です。Nについては、よほどのことがないと責任は認められないというのが基本的観点になるでしょう。それだけ申し上げてここは飛ばします。

### 三 供給者間の競争

以上で「需要者間の競争」を終えて、次に「供給者間の競争」に入ります。先ほども申し上げましたように、これが競争秩序という場合のメインの領域です。独占禁止法や不正競争防止法が主として想定しているのも、この領域です。この領域においては、独占禁止法や不正競争防止法などの実定法規によって競争秩序が形成されているということになります。その内容として重要なのは、次の二つだというのがこの報告の理解です。

第一に、顧客獲得をめぐる競争は、まさに競争秩序が要請するところであって、この競争の結果、Aの顧客が減少しBの顧客が増加したとしても、それは競争の当然の結果です。それについてAが法律上何らかの主張をできるものではありません。しかし、それはあくまで競争の手段が公正であることを前提とします。そこに不正性がある場合には、それは抑止しなければなりません。このように、「不公正な取引方法の禁止」が競争秩序の第一の基本理念として析出されます。

第二に、競争減殺を目的とする行為ですが、これは、それ自体、いわば定義上、競争秩序の観点から否定的に評価されます。ここから、「不当な取引制限の禁止」という第二の基本的理念が析出されます。

そのような二点の基本理念を析出した上で、独占禁止法と競争秩序との関係を整理しておきますと、一言でいえば、独占禁止法は、民法が参照すべき競争秩序を形成しますが、形成された競争秩序と独占禁止法の規律とは同一物ではない、ということだろうと思います。抽象的な言い方になりましたが、民法が参照すべき競争秩序には、独占禁止法が公正取引委員会にとつての行政規制の体系であることに由来する要件は要求されないということです。簡単にいえば、民法の観点からは、いわゆる対市場効果などは競争秩序違反性を判断する場合に不可欠ではない。このような点が、本報告の全体を貫く基本的考え方になっています。

以下、この二つの基本的理念に即して、もう少し整理をしていきたいと思います。

まず、「不公正な取引方法の禁止」です。供給者間の競争においては、需要者を対象にして競争が繰り広げられるわけですから、ここでの不公正な取引方法は、具体的には需要者の正常な判断を曇らせて不必要な需要を喚起する行為ということになります。そのような点から、ここでの不公正な取引方法は、「不当需要喚起行為」と呼びかえることができます。これは、田村さんの用語ですが、妥当な呼称といえるべきでしょう。

この行為が持っている意味は、三つの面から把握することができます。①市場に対する影響、②他の供給者Bに対する影響（図Ⅱの $\alpha$ ）そして③需要者Mに対する影響（図Ⅱの $\beta$ ）の三つです。それぞれ、実定法規としては、独占禁止法（①）、不正競争防止法（②）、また民法（③）が受け持っているといつてよいでしょう。しかし、このような対応関係については、直ちにいくつかの留意をする必要があります。

第一の留意事項は、今申し上げた①と②③について、つまり市場に対する効果と他の二つ、供給者および需要者に対

する影響についてです。伝統的な公法私法峻別論は、①と②③という二つの問題領域を峻別します。しかし、それはおそらく妥当ではありません。公私峻別論に対する批判的指摘自体は、現在では常識的なものになっているといつてよいでしょう。問題は、その根拠づけです。私の立論の特徴は、二点にあると思つています。一つには、競争秩序は公共的性格を持つているのだという理解で、もう一つは、この公共性がお上の公共性ではなく下からの市民的公共性とする把握です。この結果、競争秩序が確保する利益は、一方で市民総体に割り当てられるとともに、他方で個々の市民にも割り振られるという二重の割り振り関係が見られることになります。そのようなことから、公私峻別が妥当しなくなつてゐると把握するのが私の立論の特徴です。

第二の留意事項ですが、今申し上げた第一の留意事項を言い換えたに過ぎないという性格もありますが、独占禁止法、不正競争防止法、民法などの実定法規の機能分担も、絶対的なものではない、ということですが、つまり、これらの実定法の相互補完関係を認めるべしということですが、民法の側からいえば、独占禁止法が本来カバーする領域についても、民法が一定の機能を果たすことができるし、果たすべきだ、ということですが、かつて田中英夫先生が主張された「私人による法の実現」ということです。

このような整理を踏まえて、それでは、民法は、不当需要喚起行為についてどのような対応をすることができるでしょうか。この点を、もう少し立ち入つてみておきたいと思ひます。視角としては、供給者Aと需要者M間との間の契約の効力を問題にする視角と、AのMに対する不法行為責任を問題にする視角とがあります。ここでは、後者の不法行為責任に限定して検討します。二つの類型を区別するのが適切でしょう。「需要者被害型」と「需要者受益型」です。

この二つの類型のうち、前者は分かりやすいでしょう。品質等を誤認させて安価な物を高価に売りつける詐欺的商法などのケースです。その金銭的被害の填補を不法行為制度によって追及するわけで、これにはさほどの理論的問題はあ

りません。

これに対して、民法にとつて接近が難しいのは、もう一つ類型である需要者受益型です。たとえば不当廉売行為などです。ここでは、損害が明示的にはみえないわけです。差額説的に損害を把握しますと、この場合には損害なしという結論が最も論理的とすらいえるのです。ここでの損害を肯定しようとするならば、従来あまり意識されていなかった法益を創出して、その侵害を損害と構成することになります。たとえば、《本来取得する必要がなかった商品・役務を取得したこと》を損害と把握するわけです。この方向が望ましいと思いますが、それで問題が解決するわけではありません。今度は、損害の金銭評価という難物が控えているのです。さらに一步引いて考えますと、事実の問題として、そもそもこのような場合にMが不法行為に基づく損害賠償請求をするか、という問題もあります。つまり、需要者受益ケースであっても、不当需要喚起である以上競争秩序の観点からは否定的に評価すべきですが、民法はこれに適切に対応することが困難だ、という問題があるわけです。

このような点を踏まえますと、需要者受益ケースで期待されるのは、独占禁止法に基づく公正取引委員会の介入であるとか、不正競争防止法に基づく競争者の訴えなどでありましょう。つまり、これらの法制度は、それぞれ機能を補完し合いつつ、競争秩序確保という目的のために協働するということのようにみるのが適切なのだらうと思います。

次に、第二の基本理念である「不当な取引制限の禁止」に入ります。ここでの問題は、カルテルや談合です。これらの行為が競争秩序に違反する、このこと自体については、全く問題がないだらうと思います。そこで、その是正に向けてどのようにするかが問題になります。

まず注意しておきたいのは、合意の当事者には、違反行為は正へのインセンティブが働かないということです。そうしますと、何に期待するかが問われます。一つは、いうまでもなく、公正取引委員会の活動でしょう。しかし、それだ

けではなく、民事訴訟に期待されるものも大きいのです。つまり、競争減殺行為によって被害を受ける需要者すなわち消費者の側から、不法行為に基づいて損害賠償を請求する。これによって競争秩序違反行為を是正することが期待されるわけです。そのように考えますと、この請求は、単に消費者の金銭的被害の救済に資するだけではありません。この請求によって、競争減殺行為が停止されれば、その利益はより一般的な需要者にも均霑されます。ということは、ここでの民事訴訟は、損害賠償による私的法益保護の機能と同時に、競争秩序違反行為の是正という公共的機能をも担っているのです。この点に十分な注意が必要だと思います。

さて、このような認識が正しいとすれば、それをどのように活かすかが次に問われます。不法行為の要件論に反映させるべきではないかというのが、本報告の考え方です。

まず、損害の立証を緩和していくという方向が考えられます。この点では、素材として、鶴岡灯油裁判最高裁判決を取り上げたいと思います。この裁判では、控訴審では消費者の請求が認容されましたが、最高裁では結局それが否定されました。ネックとなったのは、損害の立証でした。価格カルテル事件ですから、消費者が損害を立証するには、カルテルによって小売価格が上昇したこと、それがカルテルがない場合に想定される小売価格より高いことを立証する必要があります。そこでのポイントは、想定小売価格の立証です。この立証は、きわめて難しいといわざるをえません。最高裁は、結局、この立証がないことを理由に、消費者の請求を排斥したのです。

この判決については、学説の批判が沢山あります。ただ、あえて天の邪鬼風にいえば、不法行為訴訟は、損害の立証があつて初めて始まります。損害の立証ができないとすれば、そもそも不法行為訴訟を起こすことが無理だったので、原告敗訴になつても仕方がない、ともいいかたは十分可能ですし、通常のケースであればそれは違和感なく受け取れます。しかし、鶴岡灯油裁判に関しては、そのような建前論は何かおかしい。学説の批判をもっともだと感じさせるもの

があるわけです。何がそのような感覚を生じさせるのでしょうか。

この点に関して示唆的なのは、今日コメントーターを務めて下さる藤岡先生の議論です。簡単にいえば、鶴岡灯油裁判では、損害填補というよりも、別の目的が主要な目的になっている。それは、違法行為の抑制だ、というわけです。したがって、ここで問題になっているのは、私人による法の実現ということになります。このような観点からすれば、損害の立証を緩和してもよいことになりまし、そのような配慮をしなかつた最高裁判決は妥当でないということになるわけです。

しかし、本報告では、この把握を承継しつつ、それをもう一歩進めたいと考えています。どういふことかといえますと、ここでの不法行為訴訟の特徴として、単に私人の損害填補が問題になっているのではなく、より公共的利益が問題になっているのだ、という把握を正面から打ち出すことです。スローガン風といえば、被侵害利益の公共化です。被侵害利益にそのような性格があるがゆえに、損害填補に止まらない不法行為に基づく違法行為の抑止が課題になるのであり、そのことによつて損害概念の緩和が正当化されるのだ。このように把握するのが本報告の理解です。

さらにいえば、ここでの損害は、金銭的差額と把握すべきではないのだろうと思ひます。差額説的理解の損害概念は、私人への排他的帰属に親しみます。ところが、ここでの被侵害利益は、今申し上げたように、公共的性格を有する。とすれば、それは差額説的損害概念はなじみません。どうすべきでしょうか。藤岡先生が指摘されておられますように、「公正かつ自由な競争によつて形成された価格で商品を購入する利益」が被侵害利益になっていると理解するのがあるべき方向でしょう。このように理解しますと、先の議論は、実は、損害の立証の緩和ではなく、むしろこの損害概念に合致した立証を問題にしているともいえることになります。これが本報告の理解です。

不当な取引制限を民法の観点から見ますと、もう一つの問題領域があります。不当な取引制限禁止という競争秩序に

違反した法律行為の効力をどう考えるかという問題です。民法学は、古くから、行政法規に違反する法律行為の効力という問題を議論してきました。これは、その問題の一環です。ごく簡単に考え方だけまとめさせていただきます。

基本的観点としては、競争減殺行為それ自体（たとえばカルテル協定）の効力の問題と、それに基づく個別契約（たとえば、カルテルのもとでの個別の売買契約）の効力の問題とは、分けて考える必要があるでしょう。これは大事な点だと思います。

このように分けた上で、前者は、競争秩序に直接に違反するがゆえに、無効とすべきです。ここでの競争秩序は、具体的には独占禁止法によって形成されています。その競争秩序には、公序性が認められます。なお、公序違反を判定する際には独占禁止法によって形成されています。その競争秩序には、公序性が認められます。なお、公序違反を判定する際には、要件的には独占禁止法と同一に考える必要はありません。たとえば対市場効果を問題にする必要はないのです。ですから、競争減殺行為は、それだけで公序違反を理由とする無効評価を導くことができます。

次に、先に示した後者の問題、つまり個別契約ですが、個別契約は、原則的にはその効力を維持してよいと考えます。というのは、競争秩序が要請するのは、あくまで競争減殺の抑止であって、財貨の移転ではないからです。ただ、その結論は、あくまで競争秩序の確保という観点から導いているわけですから、競争秩序の確保のために個別契約の効力を否定するのが望ましいという評価がなされれば、個別契約を無効とすべきです。たとえば近時のシール談合事件の解決は、このような観点から理解することができます。

#### 四 営業の自由と私的自治

供給間の競争のなかで、「営業の自由と私的自治」という独自の問題を立てました。ここで問題にしたいのは、いわゆる垂直的取引関係における拘束条件です。先の図Ⅱにおける供給者Aがその商品をCから供給されている。それに伴っ

て拘束条件がある、というケースです。これには、具体的にはいろいろありえますが、主要なタイプとしては次の二つを挙げる事ができるでしょう。第一は、排他条件付取引です。ここでは、Aに対する他の供給者DがCとの競争関係に入ることを否定されているわけです。また、Aからみれば、C以外の他の供給者から商品提供を受ける自由を制限されていることとなります。第二は、営業活動の自由を制約する性格の拘束条件です。ここでは、Aは、Cから供給を受けそれを需要者の供給するという事で、供給者として現れます。Aは、この供給者としての側面において、Cとの契約によつて営業活動の自由を制約されていますから、他の供給者Bとの間での競争において自由な営業活動を展開できないこととなります。

ここでの法律上の問題として、資料では二つ挙げていますが、時間の関係で一つだけに絞ります。それは、営業の自由と私的自治という問題です。二点指摘したいと思います。

第一に、ここでの基本的問題は、営業の自由という価値を合意でどの程度制約できるか、ということですが、私的自治と公序という大きな問題の一環です。あるいは、私的自治と公序としての競争秩序といつてもよいでしょう。この問題をどう考えるべきかですが、基本的には、目的の正当性と手段の相当性という二つの観点で判断することができます、というのが本報告の枠組みです。たとえば、対面販売の強制などについては、その目的がブランドイメージの維持というようなことであれば、それは正当とみてよいとか、その上で、対面販売の強制がその目的実現にとつて相当か、という観点から公序違反の有無の審査が行われることとなります。

第二に指摘したい点は、効果論です。ここでは、直接的に契約の効力を問題にするという形以外の形で問題が提起される場合があることに注意したいと思います。垂直的取引関係は、大体は継続的契約関係の形を採るわけですが、それを前提として、拘束条件への違反を理由に、この契約関係の破棄が主張される場合があります。たとえば、解約の申入

れです。このような場合には、解約申入れの効力が競争秩序の観点から問題にされることとなります。競争秩序違反は、契約の効力だけが問題になるわけではないことに、特に注意を払っておきたいと思います。

## 五 おわりに

最後に、以上の検討を貫いて指摘しうる点を四点申し上げて、私の報告を閉じたいと思います。

第一点は、「外郭秩序としての競争秩序」ということです。民法と競争秩序という問題を最初に明確な形で提示したのは、広中先生の『民法綱要第一巻総論上』だろうと思います。ここでは、「外郭秩序」という形で、競争秩序が理論化されています。これを受けつつ、私は、公共空間としての外郭秩序という観点を前面に出したわけです。公共空間であるが故に、外郭秩序においては民法の古典的パラダイムがそのままの形では通用しない。その意味で、外郭秩序は、新しい法理論の開拓が要請される「法のフロンティア」になっています。そのような場の特徴に見合った法理論を開拓する必要がある。これが第一点です。

第二点は、「競争秩序の形成」という観点です。競争秩序を外郭秩序として把握した上で、次の問題は、そのような外郭秩序がどのようにして形成されていくのか、という点です。①まず、それは、競争にかかわる実定法の総体によって形成されます。ここでは、公法・私法の区別を行う必要はないでしょう。公法に属するとされる独占禁止法もまた、民法が参照する競争秩序を形成するといつていっこうに差し支えがありません。②しかし、実定法によって形成された競争秩序には、多くの欠缺があります。これは、当然ながら、判例によって補充されていきます。③さらに、社会において形成される規範が競争秩序の内容になるということも当然にあります。この現象は、競争秩序とともにもう一つの外郭秩序を形成する生活利益秩序（たとえば生活環境秩序）の領域のほうが目立ちますが、競争秩序でもありうること

でしょう。たとえば、民法九〇条の「公序」の形成について社会意識が大きな役割を果たすことは、判例も認めることです。このように、社会規範や社会意識も裁判所の判決に取り込まれ、判例となることによって、競争秩序の一形成因子になっていくだろうということは、押さえておく必要があるでしょう。

第三点は、「違反行為是正のための手段の多様性と協働」という観点です。競争秩序違反があつた場合には、違反状態を是正して競争秩序を確保する必要があります。そのためには、可能な手段を総動員して、競争秩序維持・確保のための協働を図るべきです。これがここでの基本的観点となります。一方で行政機関（公正取引委員会）の介入は当然にあるべきですし、刑事罰の発動もありうるでしょう。他方で、競争秩序は民法の外郭秩序である以上、民法の発動も必要です。そして、民法を活用する場合の手法としては、法律行為の無効と不法行為が主要なものとなりましようが、そのほかにもいろいろあつてよく、限定的に考える必要はない、ということですが、

最後に第四点は、「違反状態の是正に限定した介入」ということです。競争秩序違反状態がある場合に、法は、それを是正するために必要な介入を行わなければなりません。これがこれまで申し上げた点ですが、他方で、介入は、是正に必要な限度でしか行うべきではありません。この点もまた、強調しておく必要があるでしょう。この報告で、カルテル協定に基づく個別契約の効力を考える際には、その観点を基礎に置いたつもりです。また、無効に関しましても、一部無効の法理や片面的無効の法理が活用されてよいでしょう。独占禁止法違反の法律行為の効力という論点については、よく岐阜商工信用組合事件の最高裁判決が無効に消極的判断を示した例として引かれますが、この判決も、この是正に限定した介入という観点から再評価してよいように思っています。

以上です。（拍手）

## 競争秩序の実現における私法の論理

——交渉力濫用規制を素材として——

曾野 裕 夫

一 はじめに

私は「競争秩序の実現における私法の論理」というタイトルで報告をさせていただきます。これは今日のシンポジウムでもすでに言及のあった田中英夫先生と竹内昭夫先生の『法の実現における私人の役割』（東京大学出版会、一九八七年、「初出、一九七一年～一九七二年」）を若干もじったつもりタイトルでございます。競争秩序の実現において私法がいかなる役割を果たすべきかということを考えたいと思います。

あらかじめ、結論を簡単に申し上げておきますと、競争秩序を私法で論ずる場合に、経済法の論理に引つ張られる必要はないだろうということです。私法は、私法独自の論理でもって、競争秩序にアプローチするということがあってよいのではないかという点が、一番言いたいことです。

その点を主張するための素材として、本報告が扱うのは、競争秩序が問題となる場面の中でも「優越的地位の濫用」の問題、それも、契約関係がすでに存在していて、その再交渉がなされている場面において交渉力が濫用された場合に、その再交渉による合意の効力はどうかという「契約再交渉における交渉力濫用規制」の問題です。

具体的事案としては、たとえば次のようなものが念頭にあります。これは東洋電装事件（東京地判昭和六三年七月六日判時一三〇九号一〇九頁）という、下請法違反が問題となった事件をベースとした事案です。

自動車メーカーAに部品を製造して納入していた下請事業者Bがいます。Bはその生産設備の大部分をA社向け部品の生産用に仕様を統一しています。その売上高の八割がAからの受注によるものです。従って、BはAとの取引にロッキングインされているという状態になるわけですが、このような状況下で、メーカーAが下請事業者Bに対して部品の単価の引き下げを打診してきたという場面を考えてもらいたいと思います。

こういった場面につきまして、日本では、まず行政規制があります。まず独占禁止法が不公正な取引方法の中の「優越的地位の濫用」（一般指定一四項）としてこの問題にアプローチすることになります。二つ目は、下請代金支払遅延等防止法、いわゆる下請法で、独禁法の補助立法ですが、親事業者が下請の事業者に対して「値引き」や「買い叩き」をすることを禁止する規制が下請法の四条に置かれています。これも公正取引委員会が運用する法律です。

このような行政規制があるわけですが、実際に不当な値引き要請であるとか買い叩きがあつて、それに下請事業者が応じた場合には、つまり契約の再交渉がなされて契約が改訂された場合に、その改訂された契約の効力はどうかという点に関する規定は、独禁法にも下請法にも存在しません。

そこで、このような交渉力濫用に対して私法の側で対応する必要があるが出てくるわけですが、どう対応するかということ

が問題となります。東洋電装事件では、下請事業者Bは、裁判所の認定では価格の引き下げに応じたということになっています。そして安い値段で部品を納入していたわけですから、のちに経営が行き詰まり、下請法違反を根拠に契約改訂の無効を主張して、親事業者に対してもとの原価格と改訂された価格の差額の支払いを請求しています。

東京地裁はこれに対して、この問題を「取締法規違反行為の私法上の効力論」の枠組みで扱い、「下請法に抵触するというだけで合意が無効になることはないが、下請法の趣旨に照らして不当性の高い場合には合意が公序良俗に違反して無効になる場合がありうる」という一般論を示したうえで、結論としては、本件では高い不当性はないとして契約の効力を維持しました。つまり差額の支払請求は棄却されたわけです。ちなみに下請法違反行為の私法上の効力が問題となった事件としては、判例集未登載ですけれども、日本高周波事件（富山地裁高岡支判昭和六二年一〇月一五日）というものもあります。『独禁法百選』の四版と六版ではなぜか東洋電装事件ではなくてこちらが載っています。基本的には東洋電装事件と同じような判示をしている判決です。

東洋電装事件の判決の論理では、公序良俗違反によって、その契約が無効になる場合があるわけですけれども、それはあくまでも「下請法の趣旨に照らして」無効の判断がなされるということになっています。その「下請法の趣旨に照らして」という文言をどこまで深刻に受け止めるべきかというのは議論の余地があるところかもしれませんが、それを文字通りに受け取った場合には、この契約の効力が否定される、公序良俗違反になるというのはあくまでも下請法の趣旨からして無効になるということであり、そこには私法の独自性は見られないということになるかと思われません。

しかし、この事件のように、当事者が関係特殊的な投資をして容易にはかの取引相手を見つけないというようなロックイン状況下では、相手方の機会主義的な交渉力濫用に対して、その当事者、この事件でいうとBは、非

常に vulnerable な地位に置かれますが、下請法あるいは独禁法とは無関係に私法独自の論理に基づいて契約の効力を否定して、その当事者を保護するということは考えられないでしょうか。つまり下請法と独禁法を、この当事者を救う場合の法律論の梃子として使う必然性があるのでしょうか。必ずしも使う必要はないのではないかと思えます。

## 二 コモン・ローにおける《既存義務の準則》

このような問題意識の下に、以下ではコモン・ローにおける《既存義務の準則》(pre-existing duty rule) に注目してみたいと思います。もう少し正直に言いますと、本来はコモン・ローにおける《既存義務の準則》の形成過程を中心にここで報告するつもりだったのですが、どうもシンポジウムの趣旨とは合わないということに気付き、ごく一部だけ触りの部分だけを取り上げて説明させていただくことにしたいと思います(なお、川元主税「イギリスにおける経済的強迫」九大法学七七号三五頁(一九九九年)は、他の関連法理とあわせて《既存義務の準則》を検討するすぐれた文献である)。コモン・ローにおきましては交渉力濫用の問題を伝統的に私法によって処理してきたわけですが、その一端が《既存義務の準則》といわれるものです。これは民事規制です。

これがどういう法理であるかということを説明する前に、契約再交渉における交渉力濫用という問題が成立する前提が一つありますので、それを確認しておきたいと思えます。それは我々にとつては当たり前のこと、特に大陸法の世界では当たり前なのですが、契約の改訂が自由であるということです。ところが、英米法におきましては、契約の改訂は自由ではなく、改訂した契約の拘束力が否定されることが多いのです。約因法理がそこで影響してきているわけですから、英米契約法におきましては、約因(consideration)が備わっていない契約は拘束力を有しません。約因概念を正確に説明するのは難しいのですが、ごく大ざっぱに言ってしまうと、有償契約でない拘束力を持たないというこ

とです。交換的取引でない拘束力を持たないということだと取りあえず考えていただけはいいかと思います。

契約の改訂も一つの契約、新しい合意ですので、それが拘束力を有するためには約因が必要です。契約の改訂で一方的に価格の引き下げをするという場合、これは交換取引ではなく、一方だけが損をしている契約ですので、約因を欠き拘束力がないことになります。たとえば、売買契約で価格が値下げ改訂されると、買主はもともと負っていた義務を軽減されるわけですが、売主の方は、もともと負っていたのと変わらない義務を履行しなければならぬわけで、相対的に負担が増えています。それに対する新しい約因はありません。買主はもともと代金を支払う義務を負っていたのであり、そのような既存の義務を履行するという約束は、価格引下げの見返りにならないと説明されるわけです。これが《既存義務の準則》と言われるものです。

この準則を東洋電装事件の事案に当てはめると、価格の引き下げ合意には約因がないので、《既存義務の準則》によつて契約の価格改訂は拘束力がないということになります。

《既存義務の準則》は、このようにカテゴリカルに契約改訂の効力を否定するという法理なわけですが、これは契約改訂における交渉力濫用の問題を一括して防止することができるという意味では、優れたルールでありますけれども、しかしやはり過剰なルールではあります。現実の商取引にとつては大きな障害になるルールであります。従いまして、イギリスにおきましてもアメリカにおきましても現在ではこの《既存義務の準則》を制約ないし廃棄するという方向での努力が積み重ねられて一定の成果が上がっています。《既存義務の準則》というのは、すこぶる評判の悪い法理だということになっています。

しかし、ここで申し上げたいのは次の点です。《既存義務の準則》は、「約因法理」の一環として位置づけられるわけですが、もともとは「約因法理」として登場していたわけではなく、多様な沿革を持つ法理が最終的に「約因法理」に

一本化されたという形成過程を持ちます。多様な沿革があるというふうにも今申し上げましたが、そのうちの「公序」論拠の系譜と呼べるもの、つまり公序を論拠に契約改訂の拘束力を否定するという裁判例の系譜がありました。

公序論拠の系譜が問題としたのは次のような事案です。一七九一年の *Harris v. Watson* (Peake 102, 170 Eng. Rep. 94 (K.B. 1791)) ですが、航海中に船舶が危険に陥ったために船長は船員達に当初の予定以上の仕事をさせる必要が出てきました。そこで、報酬の上乗せ（追加支払）を約束しました。そこで、航海が終了した後に、船員達がその支払を求めたという事件であります。船長としては、航海の最中のことですから代わりの船員を見つけることはできなかったわけです。まさしく、ロックイン状況下において契約改訂がなされた事案です。

この事件において船員達の請求を認めるかどうかということが問題となったわけですが、判旨は、この支払請求を認めれば船員達が恣意的に報酬の値上げを迫ることができるようになるからこれは公序に反するのだと述べました。ロックイン状況下でこのような値上げを認めることはできない、それは公序に反するとしたわけです。

ところが、一八年後の *Silk v. Myrick* (2 Camp. 317, 170 Eng. Rep. 1168 (1809)) という事件では裁判所の判断に変化がみられます。これも *Harris v. Watson* に非常によく似た事案であります。航海の途中で船員二人が離船していなくなりました。そこで、途中の寄港地で代わりの船員を探しましたが結局見つからず、仕方なく残りの船員に、離船した二名分の仕事も肩代わりさせる必要が出てきました。その際、その二名分の報酬を上乗せして支払うということを船員達に約束したわけです。後日、船員が報酬の上乗せ分の支払いを請求しました。

これは基本的には、*Harris v. Watson* と同じような事件ですが、裁判所は、この事案においては公序論拠を明示的に排除した上で、契約の改訂に約因が欠けているということを根拠として、契約の改訂の拘束力を否定しています。この *Silk v. Myrick* 判決によつて、公序論拠を使って再交渉における交渉力濫用を規制していた裁判例が、約因法理に基づ

く《既存義務の準則》に取り込まれたことになるわけです。

従いまして、現在では非常に否定的な評価がされる《既存義務の準則》ですが、その前身においては交渉力の濫用を防ぐ法理としての役割を果たしていたこととであり、その限りでは現在でも、あくまでもその限りにおいてですが、正当性を有する法理だと評価することができるように思います。ただ、現在のアメリカ法やイギリス法もそうですが、動向としては、交渉力濫用の規制については、「経済的強迫」(economic duress)という法理で対応する方向に議論が動いているということになっていますが、この法理の検討は今後の課題ということにさせていただきますと思います。

本報告との関連で以上から得られる示唆は、交渉力濫用規制の問題は私法が独自に公序違反ということを論拠にして規制することが可能だということです。つまり、公序論拠を用いる *Harris v. Watson* 判決では、別に独禁法の干渉が出てきているわけではなく、私法独自の論理で交渉力濫用規制を行っているということになります。ところが、これに対して日本では、一般的な傾向として競争秩序違反、例えば優越的地位の濫用という問題があった場合には、どうしても議論が行政規制、独禁法や下請法等々があるために、そちらに引きずられる形にされてしまう傾向があるのではないかと思うわけです。そこで以下では、私法独自の競争秩序とそれ以外の競争秩序実現に向けた法令との関係を整理したいと思います。

### 三 複数の「競争秩序」

私法における競争秩序というのは、実は二通りの現れ方をするのではないかということをまず整理しておきたいと思っています。一つが、「競争秩序の間接的実現」という形であらわれる場合、もう一つが「競争秩序の直接的実現」という形で現れる場合であります。

「競争秩序の間接的実現」の方はどういふものかと言いますと、独禁法をはじめとする競争秩序を保護する法令があるわけですが、それに違反しているという事実が契約の効力判断において否定的に作用するという場面です。つまり競争秩序違反を直接問題としているのではなく、独禁法に違反している、あるいは下請法に違反しているという形で法令違反がクッションとして入っているという場合です。そこで問題となっているのは、競争秩序違反そのものではなく、むしろ、ほかの法令において違法評価がなされている契約に私法が効力を認めることが「評価矛盾」になるのではないかとということではないかと思えます。そこでは、「評価矛盾」を回避するという要請と、私的な利益（例えば取引安全の保護）の保護の要請の衡量が行われて、結果的に競争秩序が優先される場合もあれば、それが劣後する場合もあるということになるかと思えます。この「競争秩序の間接的実現」における、「私益保護」の考慮は、独禁法等に存在しない、私法独自の考慮だろうと思うわけです。

次に、「競争秩序の直接的実現」と言われるものについてですが、これは、競争秩序それ自体が公序であるとして、他の法令違反の判断を介さずに民法上の公序違反そのものを理由に契約の効力が否定されるという場合です。これはまったく私法独自の作用だと言っているかと思えます。「競争秩序の直接的実現」についても従来から議論がなかったわけではなく、例えば今日のシンポジウムでも森平先生や吉田先生の議論の中でも出てきましたが二重譲渡の話とか労働者の引き抜きによる債権侵害とか、そういったものはまさしくこの「競争秩序の直接的実現」の話だろうと思うわけです。

そのほか、「独禁法違反行為の効力論」の問題も、少なくとも従来からの裁判例にあらわれてきた範囲内では、実はこれは私は直接的実現の話ではないかと思っていますが、その点はまた後で話すことにしたいと思います。以下、この「競争秩序の間接的実現」と「直接的実現」について見ていきたいと思います。

まず、「競争秩序の間接的実現における私法の論理」について述べたいと思いますが、例えば、ラルフ・ローレン事件最高裁判決（最判平成一三年六月一日判時一七五七号六二頁）と言われるものがあります。この事件では、不正競争防止法および商標法に違反した契約、具体的には偽ブランド品の売買なのですが、その契約の効力が問題となります。

不正競争防止法も商標法も、明らかに競争秩序維持を目的とした法令です。そして、この事案において判決は基本的には契約の効力を否定したわけですけれども、不競法や商標法違反の事実だけをもって契約の効力を否定したわけではありません。つまり、不競法や商標法に違反しているから契約の効力が否定されるのだという形で評価矛盾を回避するために効力を否定したのではなく、不競法違反・商標法違反という事実に加えて、当事者が、その反社会性の高さを認識してその行為をしてきた、しかもそれを繰り返して行っていたという点を強調して契約の効力を否定したものです。そうしますと、これは、「競争秩序の間接的実現」の事案において、私法独自の判断で、つまり反社会性の認識という点を強調する形で私法独自の論理でこの契約の効力を否定した事件だといえることができるかと思えます。

このラルフ・ローレン事件において最高裁は、不競法や商標法違反があるということだけではなく、その反社会性の認識というプラスアルファがあつて契約が無効になるのだということを言っているわけですが、これは岐阜商工信用組合理事部の最高裁判決（最判昭和五二年六月二〇日民集三一巻四号四四九頁）が採っている論理と基本的には同じわけがあります。

岐阜信組事件は、独禁法に違反しているというだけではなく、プラスアルファがないと契約は無効にならないということ述べた判例であり、森田修先生などは、要件が付加されているということでこれを「付加要件説」というふうに呼んでいます。

この「付加要件説」について、森田修先生は批判的といえますか、実際には機能していないということを指摘しています（たとえば、森田修『独禁法違反行為の私法上の効力論』試論『経済法学会年報一九九〇年（一九九八年）』、同「市場における公正と公序良俗」金子晃ほか編『企業とフェアネス』（信山社、二〇〇〇年）など）。これはどういうことかと言いますと、もし、「付加要件説」が機能しているとすると、独禁法違反だからといってイコール公序違反というふうには直結しないはずで、独禁法違反だけれども公序違反ではない、あるいは独禁法には適合しているけれども公序違反であるというケースが出てくるはずですが、実際に岐阜信組判決以降の下級審裁判例を見ると、それらはすべて独禁法違反かつ公序良俗違反であるか、あるいは独禁法に適合しかつ公序良俗にも適合しているという判断をしている裁判例ばかりであり、独禁法違反かどうかという判断と公序良俗違反かどうかという判断が常に一致しています。森田先生はこの点を指摘して、この「付加要件説」は実際には機能していないのだということを言われるわけです。これが機能していないということは、独禁法違反の判断に私法上の効力の判断が依存しているということであり、私法独自の論理はそこには存在しないということになるわけです。

しかし、この森田先生の指摘に対しては若干疑問があります。ひとつだけ理由を挙げさせていただければ、これまで独禁法違反行為の効力が争点となった裁判例は、いずれも独禁法の直接的実現の事案、すなわち後述する「独禁法Ⅱ」違反の事案であって、「付加要件説」がそもそも機能すべき事案ではないからです（岐阜信組事件も、本来、「付加要件説」を打ち立てるべき事案ではないこととなります）。「この点の詳論は、いずれ公表する別稿に譲る。」

次に、「競争秩序の直接的実現における私法の論理」ですが、「独禁法違反行為の私法上の効力論」ということが論じられる場合に、その「独禁法違反」という言葉の意味には、実は二つの側面があり、それらをきちんと区別して議論すべきであるというのが私の考えです。これを「独禁法Ⅰ」違反と「独禁法Ⅱ」違反という概念で説明したいと思えます

(詳細は、曾野裕夫「『独禁法違反行為の私法上の効力論』覚書」金沢法学三八卷一・二号二六三頁(一九九六年)参照)。これは白石忠志先生の考え方(白石忠志「研究開発成果の排他的利用に関する競争の観点からの規整(I)」法学協会雑誌一〇八卷八号一二三三頁(一九九一年))を、私としては敷衍したつもりでの議論であります。独禁法は、原則として公正取引委員会が運用する法令であるという前提に立つと、裁判所が独禁法違反を論じて契約の効力を否定するという場合でも、それは独禁法を適用しているのではなく、裁判所は独禁法を運用するわけではないので、あくまでも説明道具として独禁法を用いているに過ぎないということになります。裁判所が説明道具として使っている独禁法のことを「独禁法Ⅱ」と言います。それに対して「独禁法Ⅰ」が本来の独禁法であり、公正取引委員会が運用する適用法規としての独禁法ということになります。

公正取引委員会が「独禁法Ⅰ」に違反すると判断した行為について、裁判所が「独禁法Ⅰ」違反を根拠に契約の効力を否定するということは、先ほど説明した「競争秩序の間接的実現」の話であり、裁判所が独自に「独禁法Ⅱ」違反を論ずるのが、「競争秩序の直接的実現」に当たるといふに言えるかと思えます。ここでは独禁法はあくまでも説明道具として借用されているに過ぎないわけであり、判断は私法独自の論理でなされているということになるからです。そして実際に裁判例に現れている独禁法違反行為の私法上の効力が問題になった裁判例は、どれも公正取引委員会が独禁法違反だと判断した行為について、裁判所がその効力を判断したというのではなく、公正取引委員会の動きは何もない時点で裁判所が独自に独禁法違反の有無を判断しているわけですので、すべて「独禁法Ⅱ」違反に関する事案ばかりだということになります。

従って、岐阜商工信用組合事件もこれは「独禁法Ⅱ」違反行為の効力に関する事件だということになります。そして、それは独禁法のタイムでいうところの「不正手段による公正競争阻害性」をとらえて規制をしているわけですが、そこ

では対市場効果はまったく考慮されていません。そのような「不正手段による公正競争阻害性」は、行為態様の悪性に対する規制と読み替えることができるわけであり、私法の論理と親和的なものです。だから、この「独禁法Ⅱ」違反の議論は、まさしく公序良俗論の議論、私法固有の議論だといえます。

このように、「競争秩序の直接的実現」において行為態様の悪性に基づいて規制を加えるというのは伝統的私法の手法ですから、特に問題はありません。問題は私法が対市場効果の悪性をとらえて契約の私法上の効力を否定してよいかどうかということだと思います。森田修先生は、それを積極的に肯定されます。わたしも、対市場効果の悪性を公序に取り込んでいくことを否定すべき理由は原理的にはないだろうと思います。ただ、問題があるとすれば、それは政策論になります。対市場効果を訴訟で扱うということになると、非常に大きなコストがかかるわけであり、そこをどうするかという問題は残るだろうと思います。

なお、平成一二年の独禁法改正で、「不公正な取引方法」について独禁法違反に基づく差止請求を認める規定が崩れました(二四条)。そうなりますと、独禁法は公正取引委員会が運用する法令であると、先ほど私が言った前提は崩れてしまうようにも思えます。従って「独禁法Ⅰ」、「独禁法Ⅱ」という区別はもはや成り立たないという批判をされたこともありませんが、そのように速断はできないと私は思っています。時間もすでに超過していますので、その部分は別稿に譲り、今日は省略させていただきますと思います。

#### 四 まとめ

最後のまとめをさせていただきますと思いますが、私法から見た場合の競争秩序を広中先生の「外郭秩序」論と接合する形で議論させていただきたいと思えます。広中理論における「競争秩序」というのは「財貨帰属秩序」と「財貨移

「転秩序」をサポートする「外郭秩序」として位置付けられています（広中俊雄『民法綱要第一卷総論上』（創文社、一九八九年）八頁以下）。しかし、そのような財貨秩序をサポートする「外郭秩序」が本当に狭い意味での「競争」、先ほどの吉田先生のご報告の中になりましたような、独禁法二条四項が定義するような競争に尽きていないとするのは疑問だらうと思います。

財貨秩序、特に「財貨移転秩序」をサポートする外郭秩序ということでは、当事者による実質的な私的自治を可能にするような環境を整備する、そういう問題も当然入ってくるはずです。従って、「外郭秩序」として競争秩序だけを挙げるのは、私が広中理論を誤解しているのかもしれないかもしれませんが、やや狭いのではないかと気がします。むしろ競争秩序を含むところの、私的自治を可能にするような法的環境ないし法的秩序を、広く外郭秩序の問題として取り上げるべきではないかと思えます。そして、ここでは、独禁法で扱う伝統的な意味での競争秩序とは別の、私法独自の論理が強く現れてくることになるのではないかと思うわけです。以上です。（拍手）